Das Angebot im Gläubigerverzug

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- u. staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg
vorgelegt von

Hans-Joachim Steinhäuser
Gerichtsreferendar aus Wittenberge Bezirk Potsdam.

Marburg 1930

Buchdruckerei und Verlagsanstalt H. Chr. Sommer / Bad Ems

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. Juli 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor
Dr. jur. Franz Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsangabe:

Schrifttum.

Adler: Der Annahmeverzug des Käufers beim Handelskauf, Zeitschrift f. d. Handelsrecht u. Konkursrecht, 71. Bd. 1912 (3. Folge 12. Bd.).

Bernstein: Die mora creditoris nach gemeinem Recht und dem Rechte des bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich, Diss. Greifswald 1900.

Block: Die Voraussetzungen der mora creditoris, Diss. Greifswald 1904.

v. Blume: Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen, Jher. Jahrb. 51. Bd.

Boer: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Gruch. Beitr. Bd. 54.

Breit: Die Geschäftsfähigkeit. Leipz. 1903.

Brodmann: In Ehrenbergs Handb. des gesamten Handelsrechts, 4. Bd. 2. Abt. Leipz. 1918.

v. Buchka: Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. Leipz. 04.

Bücklers: Unterschied zwischen Leistungsbereitschaft und Leistung, Diss. Erlangen 1897.

Carl: Der Gläubigerverzug, Diss. Freiburg 1902.

Charmak: mora accipiendi nach gemeinem Recht u. Gläubigerverzug nach Bürgerl. Gesetzbuch, Diss. Greifswald 1902.

Cosack: Lehrb. des Deutschen bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1. Abt. 5. Aufl., Jena 1909.

Crome: System des Deutschen bürgerl. Rechts, 2. Bd. Tübingen 1902.

Dernburg: Pandekten, 1. u. 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, 2. Bd. 1. Abt.: Die Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Halle 1909.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1903, 04.

Digesta Justiniani Augusti, herausg. von Mommsen, Berlin 1870.

Dorer: Die Elemente des Gläubigerverzugs, insbes. das Requisit der Culpa nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1906.

Duncker: Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem Rechte des Bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich; Diss. Greifswald 1899.

Eiswaldt: Rücktritt und Zurückweisung. Ein Beitrag zur gemeinrechtl. Lehre vom Verzuge. Diss. Erlangen 1896.

Endemann: Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1. Abt., Allgemeiner Teil, 22/24. Aufl. 1924.: 1. Bd. 2. Abt., Recht der Schuldverhältnisse, 18/22. Aufl. v. Enneccerus, Marburg 1923

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 1, 5, 10, 26, 41, 49, 50, 54, 73, 85, 103, 106, 109.

Epstein: Der Gläubigerverzug bei unmöglichen Leistungen. Diss. Breslau 1910.

Fuehr: Erfüllungs- und Annahmeverzug in Gesamtschuldverhältnissen nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerl. Gesetzb., 1900.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht; München 1917.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch 1. Bd. 2. Aufl., Berlin 1903.

v. Harenne: Der Annahmeverzug des Dienstberechtigten und verwandte Fälle, Diss. Heidelberg 1911.

Haymann: Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, Berlin 1913.

Hellmann: Ueber Munk, mora creditoris in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge Bd. 6, Tübingen 1900.

Henrici: Die Voraussetzungen der mora creditoris nach gemeinem Recht u. nach dem Bürgerl. Gesetzb., Diss. Greifswald, 1899.

Hirsch: Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug, Leipz. 1895.

Hohenstein: Der Abnahme = Annahmeverzug des Käufers = Gläubigers, Arch. f. Bürgerl. Recht, 25. Bd. Berlin 1905.

Jaeger: Annahmeverzug beim Darlehensvertrag nach dem BGB. Diss. Heidelberg 1910.

Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1903, 1904, 1909, 1925.

Kellermann: Ist Möglichkeit der Leistung Voraussetzung des Gläubigerverzuges? Diss. Marburg 1912.

Klein, Karl: Der Annahmeverzug, Diss. Heidelberg 1907.

Klein, Peter: Zurücknahme von „Willensmitteilungen", Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 33.

Koch: Die mora creditoris, Diss. Göttingen 1895.

Kohler: Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 2. Bd. 1. Teil, Berlin 06.

Kohler: Der Gläubigerverzug, Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 13, Berlin 1897.

Kohler: Annahme und Annahmeverzug, Iher. Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts, Bd. 17, Jena 1879.

Kommentar der Reichsgerichtsräte: 1. Bd. 6. Aufl., Berlin 1928.

Kornfeld: Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges, Diss. Rostock 1903.

Kreß: Lehrb. des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929.

Kuetgens: Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach Bürgerl. Recht, Diss. Leipzig 1912.

Kunert: Annahme- und Abnahmeverzug des Käufers nach dem Bürgerl. Gesetzb. Diss. Heidelberg, 1910.

Leonhard, Fr.: Die Aufrechtung, Göttingen 1896.

Leonhard, Fr.: Bürgerl. Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, Berlin 1923.

Leonhard, Fr.: Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926.

Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1. Bd. München 1929.

Liebknecht: Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, Berlin 1899.

Lotmar: Arbeitsvertrag, 2. Bd., Leipzig 1908.

Madai, v.: Die Lehre von der mora, Halle 1837.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
Matthiaß: Bürgerl. Recht, 1. Bd. 3. Aufl., Berlin 1900.
Meier: Der Gläubigerverzug bei einer Gattungsschuld, Diss., Erlangen 1929.
Mommsen: Beiträge zum Obligationsrecht III (Lehre von der mora), Braunschweig 1855.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1888; Bd. 2, 1896, Berlin.
Munk: Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Rechte und im Bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich, Diss. Berlin 1898.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1910; 5. Aufl. 1928, Berlin.
Oertmann: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Arch. f. die ziv. Praxis, Bd. 116.
Planck: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Bd. 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse von Siber, 3. Aufl. 1907; 4. Aufl. 1914 Berlin.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. 1 Berlin 1897.
Purper: Der Gläubigerverzug, Diss. Heidelberg 1907.
Das Recht, 1901, 1915, 1924.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausg. v. Mugdan & Falkmann, 16.
Rehbein: Das Bürgerl. Gesetzb. mit Erläuterungen, 2. Bd. Berlin 1903.
Römer: Pflicht der entlassenen Handlungsgehilfen, sich zur Verfügung zu stellen, DJZ. 1903.
Romeick: Zur Technik des Bürgerl. Gesetzb., Heft 1: Fristbestimmung, Stuttgart 1901.
Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers, Jher. Jahrb. über die Dogmatik des Bürgerl. Rechts, Bd. 43, Jena 1901.
Schenker: Erfüllungsbereitschaft und Erfüllungsangebot, Jher. Jahrb. Bd. 79, Jena.
Schey, v.: Begriff und Wesen der mora creditoris im österr. und im gemeinen Rechte, Wien 1884.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse (Komm. zum BGB. Bd. II), München, 1900.
Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Jher. Jahrb. Bd. 49.
Schulz: Ueber die Bedeutung der Leistungsmöglichkeit für das Vorhandensein des Gläubigerverzuges, Diss. Breslau 1909.
Seufferts Archiv, Bd. 34, 58, 60.
Siber: Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.
Soergel: Bürgerl. Gesetzb. 1. Bd., 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren, Berlin 1897.
Staub: Kommentar zum HGB., 12/13. Auflage., Berlin 1927.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse von Werner, 9. Aufl., München 1929.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, Teil II, 4. Aufl., Berlin 1906.

Strohl: Culpa als Element des Gläubigerverzuges in gemeinem Recht, Bürgerl. Gesetzbuch und anderen modernen Kodovikationen, Diss. Würzburg 1909.

Tempel: Wesen und Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nach Bürgerl. Recht, Diss. Leipzig 1910.

Thoel: Das Handelsrecht, 1. Bd. 2. Abt. 5. Aufl., Leipz. 1876.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung, Leipzig 1900.

Tuhr, v.: Allgem. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Halbbd. Tübingen 1925.

Wachsner: Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges, Diss. Rostock 1899.

Warneyer: Kom. zum Bürgerl. Gesetzb. Bd. I, Tübingen 1921.

Warschauer: Der Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem Bürgerl. Gesetzbuch, Diss. Breslau 1902.

Wentrup: Der Gläubigerverzug im Bürgerl. Gesetzb., Diss. Erlangen 1899.

Wenz: Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges, Diss. Marburg 1902.

Wieland: Die Ermächtigung zum Leistungsempfang, Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 95.

Windscheid-Kipp: Pandekten. Bd. II 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, C. W.: Zur Lehre von der mora, Göttingen 1841.

Wolff, Max: Sachmängel beim Kauf, Jher. Jahrb. Bd. 56.

Wolffenstein: mora accipiendi des gemeinen Rechts und Gläubigerverzug des Bürgerl. Gesetzb. Berlin 1902.

Ziegler: Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges nach dem Bürgerl. Gesetzb., Diss. Leipz. 1901.

Zitelmann: Selbstmahnung des Schuldners, Bonner Festgabe für P. Krüger, 1911.

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB., Bekker & Fischers Beiträge, Heft 7 u. 8.

Einleitung.

§ 1.

Aufgabe dieser Arbeit ist es nicht, alle Streitfragen von der Lehre vom Gläubigerverzug zu erörtern. Es soll vielmehr nur eine Frage, und zwar die Hauptfrage der ganzen Lehre herausgegriffen und untersucht werden: Ist ein Angebot des Schuldners notwendige Voraussetzung des Gläubigerverzuges, wie die herrschende Lehre es fordert? Bevor auf diese Frage näher eingegangen wird, erscheint es zweckdienlich, zunächst das Wesen des Gläubigerverzugs zu behandeln, wie es sich nach der herrschenden Lehre darstellt (Teil I.). In den beiden folgenden Teilen soll die herrschende Lehre auf ihre Richtigkeit hin untersucht werden. Und zwar soll gezeigt werden, daß die Begriffe „Angebot", „tatsächliches Angebot" und „wörtliches Angebot" zu verwerfen sind. Es soll dann nachgewiesen werden, daß das tatsächliche Angebot sich in Wahrheit als eine Anleistung, als der Beginn der schuldnerischen Leistung darstellt (Teil II), und daß das wörtliche Angebot nichts anderes als eine Mahnung ist (Teil III).

Teil I: Die herrschende Lehre.

§ 2. Das Wesen des Gläubigerverzuges.

Das Ziel eines jeden Schuldverhältnisses ist die Erfüllung: Der Schuldner hat seiner Leistungsverpflichtung, die auch in einer Unterlassung bestehen kann (§ 241 BGB.), genügt, das Forderungsrecht des Gläubigers ist hierdurch zum Erlöschen gekommen (§ 262 BGB.). Das ist der normale Endigungsgrund der Schuld.

In manchen Fällen, z. B. wenn eine Unterlassung geschuldet ist, kann die Schuld getilgt werden, ohne daß es hierzu einer Mitwirkung des Gläubigers bedarf. Daß es in diesen Fällen zu einem Gläubigerverzug nicht kommen kann, werden wir noch sehen[1]). In der Mehrzahl der Fälle ist aber zur Erfüllung ein Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner erforderlich; ohne Mitwirkung des Gläubigers ist der Schuldner allein gar nicht in der Lage, seinen Schuldnerverpflichtungen nachzukommen, z. B. die Eigentumsübertragung vorzunehmen, und dadurch die Erfüllung der Schuld zu erreichen. Versagt nun in solchen Fällen grundlos der Gläubiger seine notwendige Mitwirkung, so muß der Schuldner dagegen geschützt werden. Denn durch die Vereitelung der Erfüllung wird er von seinen Schuldnerpflichten nicht befreit; er muß vielmehr ständig bereit und imstande sein, seine Leistung vorzunehmen, und muß sie ausführen, sobald es der Gläubiger verlangt, andernfalls er in Schuldnerverzug gesetzt werden könnte. Um die unbillige Härte, die durch das andauernde Bereitsein zur Leistung, das der Gläubiger beliebig verkürzen oder verlängern kann, für den Schuldner entsteht, zu mildern, greift die Lehre vom Gläubigerverzug ein, auch Annahmeverzug, mora accipiendi oder mora creditoris genannt. Hierdurch wird insbesondere die Verantwortlichkeit des Schuldners abgeschwächt — er haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 BGB.) —, bei gegenseitigen Verträgen kann der Schuldner die Gegenleistung fordern, auch wenn seine Leistung nach Eintritt des Gläubigerverzugs unmöglich geworden ist (§ 324 Abs. 2 BGB.). Durch diese hauptsächlichen und noch andere, hier nicht interessierende Vorschriften zu Gunsten des Schuldners, wird ein billiger Ausgleich dafür geschaffen, daß der Gläubiger ohne berechtigten Grund die Tilgung der Schuld hinausgezögert hat. Wir

[1]) Vgl. unten S. 3 ff.

können also den Gläubigerverzug definieren als Verzögerung der Erfüllung, die durch das Fehlen der erforderlichen Mitwirkung auf Seiten des Gläubigers herbeigeführt wird[2]).

Das BGB. behandelt den Gläubigerverzug unter dem Titel „Verzug des Gläubigers", und zwar in den §§ 293 bis 299 seine Voraussetzungen, in den §§ 300 bis 304 seine Wirkungen. Nach § 293 kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die Leistung muß ihm „tatsächlich angeboten" werden (§ 294). Hat der Gläubiger aber erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder ist zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich, so genügt ein „wörtliches Angebot" (§ 295). Eines „Angebots" bedarf es überhaupt nicht, wenn für die Gläubigerhandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, und der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (§ 296). Der Gläubiger kommt hier ohne weiteres in Verzug. Wir sehen also den Gläubigerverzug als Verzögerung der Erfüllung, herbeigeführt durch das Fehlen der erforderlichen Gläubigerhandlung, denn auch die „Annahme" ist nur eine besondere Form der Gläubigerhandlung.

§ 3. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs auf der Gläubigerseite.

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er seine zur Bewirkung der geschuldeten Leistung erforderliche Mitwirkung unterläßt. Damit scheiden alle Schuldverhältnisse aus, bei denen der Schuldner allein, also ohne Mitwirkung des Gläubigers, leisten und dadurch das Forderungsrecht des Gläubigers zum Erlöschen bringen kann. So. z. B.: der Schuldner ist zum Umhauen eines auf seinem Grundstück stehenden Baumes verpflichtet, er ist zu einer Unterlassung verpflichtet, zur Führung einer Vermögensverwaltung usw.[3]). Hier ist infolge des rein passiven Verhaltens des Gläubigers für den Gläubigerverzug kein Platz. Entscheidend hierfür ist immer, daß es zur Erfüllung nur durch die positive Mitwirkung des Gläubigers — und sei es nur in Gestalt der „Annahme" — kommen kann und, daß der Gläubiger seine zur Erfüllung notwendige Tätigkeit unterläßt. Der Gläubigerverzug setzt also auf seiten des Gläubigers eine Unterlassung anstatt der notwendigen Tätigkeit voraus. Das Gesetz läßt eine Umdrehung dieses Satzes nicht zu, etwa so: daß bei Schuldverhältnissen, die ohne jede Mitwirkung des Gläubigers durch den Schuldner erfüllt werden können, dann Gläubigerverzug vorliegt, wenn der Gläubiger die Erfüllung hindern kann und wirklich hindert, also positiv

---

[2]) Enneccerus, I, 2 § 280.

[3]) Rosenberg, S. 141; Leonhard, S. 562 ff., 569; Adler, S. 474 ff.; Kornfeld, S. 59.

etwas tut. Die Schriftsteller[4]), die auch in solchen Fällen die Möglichkeit eines Gläubigerverzuges bejahen, führen zunächst ganz richtig aus, daß der Gläubigerverzug auf der Nichtausübung eines Rechtes beruhe. Wenn aber der Gläubiger durch seine Tätigkeit die Leistung des Schuldners hindert, so ist das keine Nichtausübung eines Rechtes, sondern ein von der „Nichtannahme“ wesensverschiedener positiver Hinderungsakt[5]). In diesen Fällen ist für den Gläubigerverzug — insbesondere wenn der Gläubiger schuldlos die Erfüllung stört — kein Platz.

Weit häufiger sind aber die Schuldverhältnisse, bei denen erst ein Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger zur Erfüllung der Schuld führt, bei denen also dem Schuldner allein die Erfüllung nicht möglich ist. Hier ist Raum für den Gläubigerverzug. Der einfachste Fall einer solchen Mitwirkungshandlung des Gläubigers ist die Annahme des dargereichten Schuldgegenstandes. Durch sie, genauer durch die notwendige Tradition, kommt die Forderung des Gläubigers zum Erlöschen. Nimmt dagegen der Gläubiger die ihm vom Schuldner dargereichte Schuldsache nicht an, so kommt er in Verzug (§§ 293, 294 BGB.), oder hat vor erfolgtem tatsächlichen Angebot erklärt, daß er den Schuldgegenstand nicht annehmen werde, so kommt er ebenfalls — ein „wörtliches Angebot“ vorausgesetzt[6]) — in den Gläubigerverzug (§ 295, 1. Alternative). Z. B. der Gläubiger, der das fertiggemalte Porträt nicht annimmt, kommt in Verzug, der Gläubiger, der erklärt hat, daß er den bestellten Tisch nicht annehmen werde, kommt auf ein wörtliches Angebot des Schuldners hin in Verzug. In diesem Fall konnte also der Schuldner mit seiner schuldnerischen Leistung beginnen, sie aber infolge der Weigerung des Gläubigers nicht zu Ende führen, z. B. das Bild malen, den Tisch herstellen, an beiden aber nicht Besitz und Eigentum übertragen.

Es gibt aber auch zahlreiche Fälle, bei denen der Schuldner allein, ohne Mitwirkung des Gläubigers, nicht einmal mit seiner Leistung beginnen kann, z. B. der Gläubiger kommt nicht zur Sitzung zu dem Maler, der ihn malen soll. In solchen Fällen soll und muß die Mitwirkung des Gläubigers der Tätigkeit des Schuldners vorangehen. Vorbedingung für die Leistung ist es, daß der Gläubiger sich zu dem Maler begibt und ihm sitzt. Durch das Unterlassen dieser sog. Vorbereitungshandlungen kommt der Gläubiger daher in Verzug, wenn der Schuldner wörtlich anbietet oder ihn zur Vornahme der Handlung auffordert (§ 295, 2. Alternative). Hierher gehören auch z. B. die Wahlschulden, bei denen das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht (§ 264, Abs.

---

[4]) Schenker, S. 143 ff.; Planck-Siber, § 293 Anm. 1a; weitergehend Oertmann, § 293 Anm. 2; Enneccerus, § 280, III Anm. 9; wie oben Leonhard, S. 569; Brodmann, S. 292, II, 1.

[5]) Vgl. auch Oertmann, Arch. S. 7.

[6]) Anders Kohler, Iher. Jahrb. S. 401 ff. für das gemeine Recht, und Schenker, S. 182 ff. für das Schweizerrecht, offenbar auch für das deutsche Recht

27). Vor der Wahl des Gläubigers kann der Schuldner nicht leisten und sich hierdurch nicht von seiner Schuld befreien, da er gemäß § 262 nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken hat. Der Gläubiger kommt, wenn er auf wörtliches Angebot oder auf Aufforderung zur Erklärung hin nicht wählt, in Verzug[8]).

Bei den obengenannten beiden Arten von Schuldverhältnissen konnte der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers einmal wohl mit seiner Leistung anfangen, sie aber nicht zu Ende führen, oder er konnte mit ihr überhaupt nicht beginnen. Es gibt aber auch Fälle[9]), bei denen die Erfüllung der geschuldeten Leistung wohl möglich ist, eine Erfüllung aber dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, denn die Ausführung der Schuldverpflichtungen würde, ohne daß auch der Gläubiger die ihm obliegende Handlung vornimmt, über den Rahmen der Obligation hinausgehen. Der Gläubiger unterläßt es, diejenigen Bedingungen zu setzen, unter denen allein dem Vertragsinhalt gemäß die Leistung von dem Schuldner gefordert werden kann. Deshalb bestimmt § 298, daß, wenn der Schuldner nur gegen Leistung Zug um Zug zu leisten verpflichtet ist, der Gläubiger in Verzug kommt, wenn er zwar bereit ist, die angebotene Leistung anzunehmen, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. Dies wird praktisch einmal bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen (§ 320), zum anderen bei allen Schuldverhältnissen, bei denen es sich zwar nicht um eine eigentliche Gegenleistung handelt, aber doch um Verpflichtungen, die Zug um Zug zu erfüllen sind[10]). Z. B. die Abtretung von Ersatzansprüchen bei Schadenersatzforderungen (§ 255) ferner §§ 248, 371, 410, 797 usw. BGB. Jede Partei ist in diesen Fällen bezüglich der Leistung der anderen Gläubigerin, bezüglich der eigenen Leistung aber Schuldnerin. Will der Gläubiger den Leistungsgegenstand des Schuldners annehmen, seinerseits aber nicht leisten, z. B. den Kaufpreis nicht zahlen, so kommt er bezüglich der Leistung des Schuldners in Gläubigerverzug, bezüglich seiner eigenen Leistung, der Zahlung des Kaufpreises, — Mahnung und Verschulden vorausgesetzt — auch in den Schuldnerverzug.

In allen bisher genannten Fällen war der Schuldner zur Leistung verpflichtet. Es gibt aber auch Fälle, bei denen der Schuldner zur Leistung nur berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Z. B. ist der Schuldner berechtigt, durch Leistung die Ablösung einer Rentenschuld herbeizuführen (§§ 1199, 1201 BGB.). Ferner der Kauf unter Vorbehalt des Wiederkaufes (§§ 497 ff.). Diese Fälle sind aber nicht anders zu behandeln als die bereits angeführten.

---

7) RG. in Seuff. Arch. 58 S. 434 Nr. 229.
8) Nach § 264 Abs. 2 kann dann der Schuldner dem wahlberechtigten Gläubiger eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl setzen, nach deren fruchtlosen Ablauf das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht.
9) Kohler, Archiv S. 189 ff. u. Jher. Jahrb. Bd. 17 S. 283 ff.
10) Planck, § 298 Anm. 1.

So kommt denn auch hier der Gläubiger in Verzug, wenn der Schuldner erfüllen will, der Gläubiger jedoch die Leistung ablehnt[11]).

Ist dagegen der Schuldner zur Leistung weder berechtigt noch verpflichtet, so ist für den Gläubigerverzug kein Platz. Komme ich mit einer Autoverleih-Gesellschaft überein, mir jederzeit auf Anruf einen Wagen zu senden, so muß der Schuldner gewärtig sein, jederzeit verpflichtet zu werden; eine Verpflichtung zur Leistung jedoch tritt erst durch die Willenserklärung des Gläubigers ein. Ein Gläubigerverzug ist in diesen Fällen nicht möglich, da der Schuldner keine „rechtsgeschäftliche Situation" hat, auf die Mitwirkung des Gläubigers rechnen zu können, da die Parteien vielmehr mit Absicht ein solches „Schwebeverhältnis" vereinbart haben[12]).

Die Mitwirkungshandlung des Gläubigers, so verschieden sie auch im einzelnen sein mag, stellt sich in keinem Falle als eine Pflicht des Gläubigers dar, sondern als ein Recht, das der Gläubiger ausüben kann oder nicht, und das auch auf dem Wege der Klage von dem Schuldner nicht erzwungen werden kann. Dies beweist die grundsätzliche Regelung des § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Daß der Gläubigerverzug auf keiner Verletzung einer Pflicht beruht, ist äußerlich schon daran zu erkennen, daß er im zweiten Titel des zweiten Buches enthalten ist, während, wenn die Annahme eine Pflicht des Gläubigers wäre, er in den ersten Titel unter die „Verpflichtung zur Leistung" gehörte. In vielen Fällen wird der Gläubiger auch zur Mitwirkung verpflichtet sein. Hier tritt jedoch der Gläubiger nicht nur als solcher auf, sondern, soweit er verpflichtet ist, auch als Schuldner. Da aber bei dem Gläubigerverzug nur davon die Rede ist, inwieweit der Gläubiger als solcher bei der Leistung mitzuwirken hat, so scheiden alle diese Fälle aus[13]). Erfüllt der Gläubiger seine Mitwirkungspflicht nicht, so kommt er — Verschulden[14]) und Mahnung vorausgesetzt — in Schuldnerverzug und wird schadenersatzpflichtig. Der Unterschied zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug besteht gerade darin, daß bei ersterem eine Pflichtverletzung, bei letzterem nur die Nichtausübung eines Rechtes vorliegt. Demzufolge sind auch die Wirkungen des Schuldnerverzuges einschneidender, z. B. Schadensersatzpflicht, als die des Gläubigerverzuges, in der Hauptsache Minderung der Haftung. Da also diese Fälle, bei denen der Gläubiger zu seiner Mitwirkung verpflichtet ist, für den Gläubigerverzug auszuscheiden haben, man aber streitet, wo eine Mitwir-

[11]) Kohler, Arch., S. 171.

[12]) Kohler, a. a. O. S. 174.

[13]) Oertmann, Vorbem. 1 zu § 293.

[14]) Ausnahmsweise tritt ohne Verschulden des Schuldners-Gläubigers Abnahmeverzug ein, z. B. bei Haftung für Verschulden Dritter (§ 278), für Gattungsschulden (§ 279), für Mängel im Recht beim Kauf (§§ 434, 440); vgl. RG. im Recht 1915 Nr. 481; Staudinger, § 285 Vorbem.

kungspflicht des Gläubigers besteht, so muß auf die streitigen Fälle kurz eingegangen werden.

Eine Abnahmepflicht des Gläubigers kann einmal auf den Vereinbarungen der Parteien beruhen. Mit Rücksicht auf das Interesse des Schuldners an der Abnahme hat auch das Gesetz in einzelnen Fällen eine Pflicht zur Mitwirkung des Gläubigers begründet, so beim Kauf, § 433, beim Werkvertrag, § 640, beim Tausch, § 515, bei allen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, § 445 usw. Die vertraglichen und gesetzlichen Fälle einer Mitwirkungspflicht scheiden also für den Gläubigerverzug aus.

Rehbein[15]) und Dernburg[16]) wollen die Ausnahmevorschriften der §§ 433, 640 auch auf andere Rechtsverhältnisse ausdehnen. Sie verpflichten z. B. den Auftraggeber und den Dienstherrn zur Abnahme, wenn der Beauftragte oder der Angestellte etwas für den Gläubiger erworben hat. Auch auf den Vermieter, Pfandgläubiger, Verleiher, Kommittenten, Entleiher usw. sollen die Ausnahmebestimmungen Anwendung finden, da sie der Gegenpartei nicht den geschuldeten Gegenstand „auf dem Halse lassen" dürften. Der Schuldner habe deshalb ein Recht auf Lösung des Schuldverhältnisses. Daß der Schuldner gegen die Nachteile, die durch die Verzögerung der Erfüllung entstehen, geschützt werden muß, ist unbestritten. Das Gesetz berechtigt aber nicht, dem Gläubiger eine Abnahmepflicht aufzubürden, dem Schuldner ein subjektives, im Wege der Klage verfolgbares Recht auf Abnahme zu geben und demzufolge den Gläubiger zur Abnahme zu verpflichten. Würde hier der Gläubiger schuldhafterweise die Leistung nicht abnehmen, so wäre dann die notwendige Folge eine Schadenersatzpflicht. Hier steht aber der § 304, der dem Schuldner ein Recht nur auf Ersatz der Mehraufwendungen gibt, also mit einer Schadensersatzpflicht unvereinbar ist, entgegen[17]).

Ebenso ist es unrichtig[18]) mit von Buchka[19]) eine „indirekte nicht durch Klage erzwingbare Verpflichtung zur Leistung" zu konstruieren. Die Annahme der Leistung soll „an sich" zwar keine Pflicht, sondern nur ein Recht des Gläubigers sein. Werde die Annahme aber verweigert, so sei die Folge die Entstehung einer neuen Verpflichtung (z. B. Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen) bzw. der Verlust eines bisher dem „Verpflichteten" zustehenden Rechts (z. B. Aufhören des Zinslaufes). Durch diese Nachteile, die im Falle der Nichtannahme den Gläubiger treffen, werde er indirekt zur Annahme der angebotenen Leistung gezwungen. Daß das Gesetz durch die Nachteile, die den nicht annehmenden Gläubiger treffen, ihn zur Annahme der Leistung anhalten will, soll nicht bestritten werden; hier aber

---

[15]) Rehbein, S. 135, 136.
[16]) Dernburg, § 74, I S. 191.
[17]) Oertmann, Vorbem. 1 zu § 293.
[18]) Staudinger, § 293 Anm. 3.
[19]) v. Buchka, S. 2 ff., 46 ff.

eine Annahmepflicht zu folgern, erscheint verfehlt. Wenn sich v. Buchka[20]) darauf beruft, daß in manchen Fällen das Gesetz ja eine direkte Annahmepflicht ausspreche, eine Annahmepflicht oft auch dem Willen der Partei entspreche, so sind dies Ausnahmefälle, Fälle, in denen der Gläubiger insoweit als Schuldner auftritt. Aus der Gegenüberstellung von Regel (keine Annahmepflicht, § 241) und Ausnahme (Annahmepflicht, §§ 433, 640) ist zu folgern, daß das Gesetz eine grundsätzliche Annahmepflicht des Gläubigers verneint. Man ist somit eher berechtigt, im Zweifelsfall eine Ausnahmepflicht zu verneinen, als sie ohne tiefere Gründe für andere Rechtsgeschäfte zu konstruieren. Da außerdem das Gesetz ohne Zutun des Gläubigers eine Steigerung der schuldnerischen Verbindlichkeiten über den Rahmen seiner konkreten Verpflichtungen hinaus, bewirkt durch das Unterbleiben der notwendigen Gläubigerhandlung, verhindert, so erscheint der Rechtsbegriff der „indirekten Verpflichtung zur Leistung" überflüssig[21]).

Es bleibt also dabei: die Mitwirkung des Gläubigers ist ein Recht, keine Pflicht. Soweit gesetzlich oder vertraglich eine solche Pflicht besteht, tritt der Gläubiger nicht als solcher, sondern als Schuldner auf. Eine Uebertragung dieser Mitwirkungspflicht, auch eine nur indirekte, auf andere Schuldverhältnisse ist nicht zulässig. Da also die Gläubigerhandlung keine Pflicht ist, so ist somit auch ihre Nichtausübung keine Pflichtverletzung. Da ohne Pflichtverletzung ein Verschulden nicht in Frage kommen kann[22]), so ist es folgerichtig, daß ein Verschulden des Gläubigers nicht Voraussetzung des Gläubigerverzuges ist. Deshalb läßt auch das BGB. nach dem klaren Wortlaut des § 293 für den Gläubigerverzug „die nackte Tatsache" der Nichtannahme[23]) ausreichend sein. Nimmt der Gläubiger die Leistung nicht an, so kommt er in Verzug, einerlei aus welchen Gründen (Verschulden, Nichtverschulden, äußere Ereignisse usw.) die Nichtannahme beruht.

Nun bestimmt § 299, daß, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, der Gläubiger nicht dadurch in Verzug kommt,, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Die herrschende Lehre[24]) sieht hierin eine Ausnahme vom Nichtverschuldungsprinzip beim Gläubigerverzug. Das ist aber verfehlt, da auch § 299 kein Verschulden des Gläubigers voraussetzt. Vielmehr kann sich der Gläubiger auf seine vorübergehende Verhinderung

---

[20]) v. Buchka, S. 4 ff.

[21]) Tempel, S. 27 ff.

[22]) Enneccerus, § 280 III, 2; Kohler, Iher. Jahrb. 17 S. 409 ff.; anders Rosenberg, S. 204 unter Berufung auf § 1299, wonach ein Verlobter, der den Rücktritt des anderen durch sein Verschulden veranlaßt hat, zu Schadenersatz verpflichtet ist, obwohl keine Pflicht zur Eingehung der Ehe besteht; § 1297.

[23]) Prot. Bd. 2 S. 659.

[24]) z. B. Staudinger, § 299; Oertmann, § 299 Anm. 1; Planck-Siber, § 299; Tempel, S. 63 u. S. 118 usw.

deshalb berufen, weil der Schuldner eine ihm obliegende Ankündigungspflicht der Leistung versäumt hat[25]). Es gehört zu den Schuldnerpflichten, daß die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt wird, wenn der Schuldner vor der Zeit erfüllen will oder eine Erfüllungszeit nicht vereinbart ist, § 271.

Auf der Gläubigerseite steht somit als einzige Voraussetzung des Gläubigerverzuges die „Nichtannahme" im weitesten Sinne, d. h. das Unterlassen der erforderlichen Mitwirkungshandlung. Diese Unterlassung kann sich, wie wir sahen, in den verschiedensten Formen darstellen; sei es, daß der Gläubiger die geschuldete Leistung nicht annimmt; sei es, daß der Gläubiger die Handlung, nach deren Vornahme der Schuldner an die Reihe kommt, nicht ausführt; sei es, daß der Gläubiger auf die vorbereitende Handlung des Schuldners nicht eingreift und dadurch das nachfolgende Tätigwerden des Schuldners vereitelt; oder sei es endlich, daß der Gläubiger die von ihm verlangte Gegenleistung nicht bewirken will, § 298. Immer genügt das Fehlen der Gläubigerhandlung als Tatsache, so daß es unbeachtlich ist, auf welchen Gründen ihr Fehlen beruht. Es ist also nicht notwendig, daß das Ausbleiben der Mitwirkung gerade auf einen besonderen Entschluß des Gläubigers hin erfolgt; ferner ist eine ausdrückliche Ablehnung nicht erforderlich[26]).

Unter die „Nichtannahme" fällt auch die vor dem Bewirken der schuldnerischen Leistung erfolgte Erklärung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295, 1. Alternative). Diese Erklärung ist keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern nur eine tatsächliche Willensäußerung. Nicht weil die Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf einen darauf gerichteten Parteiwillen eintreten[27]), was für ein Rechtsgeschäft nicht erforderlich ist[28]), sondern weil diese Willensäußerung nach ihrem erklärten Inhalt keine rechtlichen Wirkungen haben soll. Da aber durch diese Willensäußerung die Rechtsstellung des Gläubigers eingeschränkt wird, so ist volle Geschäftsfähigkeit auf Seiten des Gläubigers erforderlich. Die Erklärung muß dem Schuldner selbst oder seinem Vertreter gegenüber abgegeben werden. Dagegen genügen nicht Erklärungen an dritte Personen, oder ein allgemeines Verhalten des Gläubigers, z. B. die Eindeckung seines Bedarfs bei einem anderen Geschäftsmann. Die Annahmeverweigerung kann der Gläubiger widerrufen, da er durch sie sein Recht auf die Leistung nicht verloren hat. Widerruft der Gläubiger seine Erklärung, so muß nun der Schuldner seine Leistung bewirken.

Der Gläubiger darf aber zur Nichtannahme der Leistung nicht berechtigt sein. Durch eine berechtigte Ablehnung, z. B. wenn die schuldnerische Leistung

---

[25]) Leonhard, S. 576/77.

[26]) Oertmann, § 293 Anm. 2 und Arch., S. 41 ff.; Leonhard, S. 576; a. M. Lotmar, S. 281 ff., der in der Nichtannahme eine Ablehnungshandlung, sei es durch Wort oder Werk, erblickt.

[27]) So Oertmann, § 295, Anm. 1a; Planck-Siber, § 295 Anm. 1; Staudinger § 295 Anm. 1a; Klein, Arch. S. 251.

[28]) Leonhard, S. 260 ff.

nicht ordnungsgemäß erfolgt, oder wenn der Schuldner der Leistung durch einen Dritten widerspricht (§ 267, Abs. 2), oder in den Fällen der §§ 367, Abs. 2, 396, Abs. 2, kommt der Gläubiger nicht in Verzug. Eine „Nicht-annahme" liegt aber auch dann vor, wenn zwar der Gläubiger die Leistung annehmen, sie aber nicht als Erfüllung annehmen will, denn der Schuldner braucht die Leistung nur zum Zwecke der Erfüllung des Schuldverhältnisses zu bewirken[29]).

Da abgesehen von § 299 eine subjektive Fähigkeit der Annahme nicht gefordert wird, die „Nichtannahme" also als Tatsache genügt, so kommt der Gläubiger auch dann in Verzug, wenn seine Mitwirkung, das, was er zu beschaffen hat, unmöglich ist. Z. B. kommt er in Verzug, wenn wegen mangelnder Unterbringungsmöglichkeiten oder wegen Krankheit, selbst wegen entschuldbarer Unkenntnis vom Bestande der Schuld usw. die gekauften Waren nicht abgenommen werden[30]). Zweifelhaft, ob Gläubigerverzug oder Unmöglichkeit vorliegt, sind jene Fälle, bei denen durch die Unmöglichkeit der Mitwirkung des Gläubigers zugleich auch die Leistung des Schuldners objektiv unmöglich geworden ist. Zum Beispiel der zu unterrichtende Knabe wird krank, der zu Operierende stirbt, die Fabrik, in der der Arbeiter arbeiten soll, brennt ab. Ohne daß im Rahmen dieser Arbeit auf diese viel umstrittenen Fragen[31]) näher eingegangen werden kann, sei folgendes gesagt:

Richtigerweise wird man in diesen Fällen Unmöglichkeit der Leistung und nicht, wie vielfach geschieht,[32]) Gläubigerverzug annehmen.

Titze[33]) sucht dies damit zu begründen: Die Verpflichtung zur Leistung setze 1. „ein mit den nötigen Eigenschaften ausgerüstetes Wesen, welches tätig werden soll" (gleich subjektive Voraussetzung der Tätigkeit), 2. „ein Stück der Außenwelt, auf welches sich die Tätigkeit des Verpflichteten bezieht" (gleich objektive Voraussetzung oder Leistungssubstrat) voraus. Kommt nun durch das Fehlen der Mitwirkung durch den Gläubiger das Substrat in Wegfall, so liege immer Unmöglichkeit der Leistung vor.

Der Begriff Leistungssubstrat ist aber nicht eindeutig, und bald werden darunter solche Umstände verstanden, die von keiner Partei beschafft zu werden brauchen, bald solche Umstände, die sich auf eine der beiden Parteien beziehen[34]). Es kann deshalb nicht wundernehmen, wenn die Ergebnisse ver-

---

29) Rosenberg, S. 197; Staudinger, § 293 Nr. 2.

30) Leonhard, S. 564 ff.; Oertmann, § 293 Anm. 3b; Warneyer, § 293, III; cfr. die Ausnahmen in § 645 BGB., wo trotz Gläubigerverzugs nur schwächere Folgen eintreten. Hierzu Leonhard, S. 565; Oertmann, Arch. S. 34 ff.

31) Vgl. Titze, S. 21 ff.; Boer, S. 493 ff.; Lotmar, S. 281 ff.; Oertmann, Arch., S. 1 ff. usw.

32) Oertmann, § 293 Anm. 3b u. Archiv, S. 1 ff.; Kohler, Lehrb. II, 1 S. 349 u. Arch. S. 200 u. S. 259; Crome, System § 161 Anm. 32.

33) Titze, S. 24 ff.

34) Titze, S. 26 u. Boer, S. 512 ff.; Oertmann, S. 17 u. 36.

schieden ausfallen und z. B. Oertmann[35]) im Gegensatz zu Titze[36]) in den obigen Beispielen Gläubigerverzug annimmt. Es ist ferner nicht richtig, daß die subjektiven und objektiven Voraussetzungen gleichwertig sind[37]). Vielmehr können die subjektiven und objektiven Voraussetzungen von sehr verschiedenem Wert sein. Und wenn in obigen Fällen Unmöglichkeit der Leistung angenommen wird, so geschieht es gerade deshalb, weil die Leistung des Schuldners der weit schwierigere und wirtschaftlich bedeutsamere Teil der Erfüllung ist als die Mitwirkung des Gläubigers, und weil damit auch die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung gegenüber der unmöglichen Mitwirkung des Gläubigers weit im Vordergrund steht[38]). Gewiß muß der Schüler bei dem Unterricht mitwirken, der zu Operierende muß an seinem Körper die ärztlichen Eingriffe vornehmen lassen. Diese Mitwirkung des Schülers bzw. des Kranken ist auch unmöglich. Aber von weit größerer Bedeutung und Wichtigkeit als diese Mitwirkung ist doch die Tätigkeit des Lehrers, des Arztes, und damit auch wichtiger der Umstand, daß dem Lehrer, dem Arzt die Ausübung ihrer verantwortungsvollen und schwierigen Tätigkeit unmöglich wird. Will man entscheiden, ob Leistungsunmöglichkeit oder Gläubigerverzug vorliegt, so muß immer die Frage gestellt werden: was steht im Vordergrund? Die Unmöglichkeit der schuldnerischen Tätigkeit oder die Unmöglichkeit der Gläubigermitwirkung? Nach Beantwortung dieser Frage richtet sich auch die Beantwortung der Frage nach Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung.

§ 4. Voraussetzung des Gläubigerverzugs auf der Schuldnerseite.

Nach herrschender Lehre sind auf der Schuldnerseite Leistungsvermögen[39]) und Erfüllungsangebot Voraussetzung des Gläubigerverzugs.

I. Das Leistungsvermögen.

Nach Praxis[40]) und Wissenschaft[41]) war im gemeinen Recht das Leistungsvermögen als Voraussetzung des Gläubigerverzuges anerkannt.

Stellt das BGB. das Leistungsvermögen auch nicht als positives Erfordernis auf, so hält es doch sachlich an dieser Voraussetzung fest. Dies ergibt sich im Falle des § 294, aus der Natur des sog. tatsächlichen Angebots. Wenn

35) Oertmann, § 293 Anm. 3.
36) Titze, S. 25 ff.
37) Titze, S. 24.
38) Leonhard, S. 565 ff.
39) Vgl. hierzu Schenker, S. 152 ff.
40) z. B. RGZ. 1, S. 357; 5, S. 58; 41, S. 322.
41) Kohler, Iher. Jahrb., S. 400 ff.; Hirsch, S. 201.

hiernach die Leistung „so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich" angeboten werden muß, so ist dies ohne Leistungsvermögen des Schuldners, oder wie die Motive[42]) sagen, ohne „sein reelles Leistungsvermögen gemäß dem Inhalt seiner konkreten Verbindlichkeit" nicht möglich. In den Fällen der §§ 295, 296, wo nur ein wörtliches Angebot bzw. gar kein Angebot erforderlich ist, ergibt sich das Erfordernis des Leistungsvermögens aus § 297[43]), in dem bestimmt wird, daß der Gläubiger nicht in Verzug komme, wenn der Schuldner z. Zt. des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Es findet hier zugleich eine Umdrehung der Beweislast statt, da in diesen Fällen im Gegensatz zu § 294[44]) nicht der Schuldner das Vorhandensein des Leistungsvermögens beweisen, sondern der Gläubiger den Einwand mangelnden Leistungsvermögens vorbringen und beweisen muß.

Das Leistungsvermögen ist also Voraussetzung des Gläubigerverzugs, d. h. der Schuldner muß befugt, imstande und bereit sein, die Leistung zu bewirken[45]). Das ist der Grundsatz; was aber im Einzelnen zum Leistungsvermögen gehört, ist sehr verschieden und kann nur nach dem einzelnen Schuldenverhältnis bestimmt werden. Es richtet sich danach, inwieweit der Schuldner ohne die erforderliche Mitwirkung des Gläubigers zur Bewirkung der Leistung tätig werden kann, oder mit anderen Worten: Der Schuldner muß für den Zustand sorgen, an den die Mitwirkungshandlung des Gläubigers unmittelbar anknüpfen kann[46]). Besteht, wie in vielen Fällen, die Mitwirkungshandlung des Gläubigers, nur in der Annahme der Leistung, so muß der Schuldner alles getan haben, damit der Gläubiger annehmen kann. Z. B. der Schuldner muß das fertiggestellte Werk dem Gläubiger gebracht haben, so daß dieser es entgegen- also annehmen kann. Beim sog. Realangebot, § 294, fallen somit zwar Angebot und Leistungsvermögen zusammen, sind aber nach herrschender Lehre in rechtlicher Beziehung auseinanderzuhalten[47]). Hat dagegen der Gläubiger mit seiner Mitwirkungshandlung voranzugehen, § 295, so hat der Schuldner nur diejenigen Vorbereitungen zu treffen, die zur Auslösung der Handlung des Gläubigers notwendig sind, und sich bereit und imstande zu halten, nach erfolgter Gläubigermitwirkung seine Leistung zu bewirken. Der Maler, der in seinem Atelier jemanden malen soll, muß zur vereinbar-

---

[42]) Motive Bd. 2, S. 70.

[43]) RGR. Komm. § 297 Anm. 1.

[44]) Oertmann, § 297 Anm. 1; Planck-S. § 297; Warn. § 297; RGR. Komm. § 297 Anm. 1; a. M. Staudinger, § 297 Anm. 2, nach dem die Beweislastregel des § 297 auch im Falle des § 294 gelten solle. Vgl. dagegen die Prot. I. S. 329: „Es werde nicht leicht vorkommen, daß der Schuldner ohne bereit zu sein, anbiete, während andererseits schikanösem Bestreiten des Leistungsvermögens durch den Gläubiger entgegengetreten werden müßte".

[45]) Vgl. Dernburg, § 75, I.

[46]) Schenker, S. 158.

[47]) RGZ. 10, S. 99.

ten Zeit Raum, Farbe, Leinwand usw. bereit haben. Tut er dies nicht, oder hat er zwar die sachlichen Vorbereitungen getroffen, ist aber zur vereinbarten Zeit nicht in seinem Atelier, so ist er nicht leistungsvermögend und kann den ausgebliebenen Gläubiger nicht in Verzug setzen.[48])

Oder ein anderes Beispiel:[49]) Leistungsvermögen liegt vor, wenn der Schuldner die vom Gläubiger abzuholende Schuldsache sich jederzeit verschaffen kann. Es ist also nicht erforderlich, daß sich der Schuldner durch einen Vertrag mit einem Dritten das Bezugsrecht auf die Ware gesichert oder, daß er die Ware gar vorrätig hat.[50]) Kann er aber die Sache wegen Geldmangels nicht beschaffen, so ist er nicht leistungsvermögend, kommt vielmehr auf die Mahnung des Gläubigers hin in Verzug.[51]) Daß der Schuldner bei Holschulden die geschuldete Sache unter allen Umständen fertig zur Uebergabe bereitstehen haben muß, bei Gattungsschulden schon die Ausscheidung des Leistungsgegenstandes vorgenommen hat, ist also nicht notwendig.[52])

Hat aber der Gläubiger erklärt, daß er die Leistung des Schuldners nicht annehmen wolle, § 295, so braucht der Schuldner die eben behandelten Vorbereitungen nicht zu treffen. Hat z. B. der Gläubiger erklärt, er werde den bestellten Tisch nicht annehmen, so ist es überflüssig und unbillig zu verlangen, der Schuldner müsse trotzdem den bestellten Tisch zur rechten Zeit herstellen, um so zu bekunden, daß er seine Schuld erfüllen wolle und könne.[53]) Der Schuldner kann sich anderen Arbeiten zuwenden, auch wenn er dadurch den Tisch nicht zur festgesetzten Zeit zu liefern vermag. Der Schuldner ist in solchen Fällen schon dann leistungsvermögend, wenn er ohne die Absageerklärung des Gläubigers in der Lage gewesen wäre, die Leistung gemäß den vertraglichen Vereinbarungen zu bewirken. Hat nämlich der Schuldner bis zur Absageerklärung des Gläubigers alles getan, was er ohne Mitwirkung des Gläubigers tun konnte, und hätte er ohne die erfolgte Absageerklärung des Gläubigers seine Leistung vertragsmäßig bewirken können, so liegt somit die Nichterfüllung nicht an dem Schuldner. Dieser kann deshalb durch sog. wörtliches Angebot den Gläubiger in Verzug setzen, § 295, auch ohne die Leistung bewirkt zu haben. Noch besonders durch die Tat zu beweisen, daß er hat erfüllen wollen und können, braucht er also nicht.

Wielange der Schuldner imstande und willens sein muß, die Leistung zu bewirken, ergibt sich aus § 297 BGB. Hiernach muß der Schuldner leistungsvermögend sein im Augenblicke des Angebots, oder — wenn ein Angebot nicht erforderlich ist, § 296, — in dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger seine Mitwirkungshandlung hätte vornehmen müssen. Fällt nach diesen Zeitpunkten das

---

[48]) Schenker, S. 154; Rosenberg, S. 184 ff.
[49]) Kreß, S. 473 Anm. 22.
[50]) RGZ. 50, S. 260; Enneccerus, § 280 Anm. 2.
[51]) RGZ. 103, S. 15.
[52]) Oertmann, § 300 Anm. 3b; Cosack, S. 431.
[53]) Rosenberg, S. 193 ff.

Leistungsvermögen weg, so ist dies für den Gläubigerverzug ohne Bedeutung. Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung sind also in diesem Fall vereinbar. Aus § 297[54]) folgt auch, daß kein Raum für den Gläubigerverzug ist, wenn die Leistung des Schuldners, genauer, wenn das, was der Schuldner zu beschaffen hat, von vornherein unmöglich ist; daß also insoweit Gläubigerverzug und Unmöglichkeit sich gegenseitig ausschließen. Die Fälle, bei denen erst durch die Nichtmitwirkung des Gläubigers die schuldnerische Leistung unmöglich wird, sind bereits früher behandelt worden, so daß hier auf die obigen Ausführungen[55]) verwiesen werden kann.

II. Das Angebot.

§ 5. Im Allgemeinen.

Das Leistungsvermögen des Schuldners allein genügt aber nicht als Voraussetzung des Gläubigerverzuges. Es muß auch dem Gläubiger zu erkennen gegeben werden. Die herrschende Lehre geht von dem Gedanken aus, es bedeute eine unbillige Härte, daß den Gläubiger ohne weiteres auch dann die Verzugsfolgen treffen sollen, wenn zwar der Schuldner zur Leistung imstande und bereit ist, der Gläubiger aber hiervon keine Kenntnis hat. Der Gläubiger soll nicht ohne weiteres in Verzug kommen, wenn er nicht gleich bei Fälligkeit sich zur Abholung des Schuldgegenstandes beim Schuldner einfindet oder zum Empfang der Leistung bereit wäre. Die Unbilligkeit für den Gläubiger sei umso größer bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen der Schuldner schon vor Fälligkeit zur Bewirkung der Leistung berechtigt sei; und dies sei in der Regel anzunehmen, § 271. In diesen Fällen vom Gläubiger zu verlangen, er solle in jedem Augenblick bereit zum Leistungsempfange sein, erscheine als unbillig.[56]) Um diese Härte zu vermeiden, um also den Gläubiger darauf vorzubereiten, daß ihn bei Nichtannahme der Leistung die Folgen des Gläubigerverzuges treffen — daneben auch, um den Zeitpunkt festzustellen, in dem die Verzugsfolgen eingetreten sind —, hat die herrschende Lehre gefordert: das Leistungsvermögen muß dem Gläubiger zu erkennen gegeben werden. Man wies auch darauf hin, daß auch der Schuldner nicht ohne weiteres in Schuldnerverzug komme, sondern erst gemahnt werden müsse[57]). Man konnte auch auf das gemeine Recht[58]) hinweisen, wonach Voraussetzung des Gläubigerverzuges eine „Oblation" der Leistung war, d. h. eine Erklärung des Schuldners, daß er willens und in der Lage sei, seine Leistung zu bewirken. Dieses

[54]) Enneccerus, § 280 Anm. 1; Leonhard, S. 564 ff.
[55]) Vgl. oben S. 10 ff.
[56]) Rosenberg, S. 147 ff.
[57]) Wolffenstein, S. 46.
[58]) So die herrsch. Lehre z. B. von Madai, S. 230; Mommsen, S. 140; Dernburg, Pandekten, S. 120 u. a.; dagegen Kohler, Iher. Jahrb. S. 400 ff.

Zuerkennengeben, eine Tätigkeit, die der Schuldner vorzunehmen hat, nennen Wissenschaft und Praxis[59]) einmütig: „Angebot", zunächst nur ein Oberbegriff, der in ein „wörtliches" und in ein „tatsächliches" Angebot zerlegt wird. Es erscheint bemerkenswert, daß auch Kohler, der für das gemeine Recht das Erfordernis eines Angebots der Leistung von seiten des Schuldners verneint und „puren leeren Luxus" genannt hatte,[60]) nach Einführung des BGB. ein Angebot der Leistung als Voraussetzung des Gläubigerverzuges ansah.[61])

Nach herrschender Lehre steht also das BGB. auf dem Standpunkt, ein Angebot sei Voraussetzung des Gläubigerverzugs. Zur Rechtfertigung weist man noch besonders auf den Wortlaut des Gesetzes hin. In der Tat finden sich in §§ 293 ff. BGB. die Ausdrücke „angebotene Leistung", „tatsächlich angeboten werden", „wörtliches Angebot".

§ 293 nennt nach der herrschenden Lehre[62]) die grundsätzlichen Voraussetzungen des Gläubigerverzuges, insbesondere das Angebot. Dieser Paragraph werde durch die folgenden §§ 294 bis 99 ergänzt, in denen besonders bestimmt werde, in welcher Form das „Angebot" stattzufinden habe. § 294 sagt nun: „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, t a t s ä c h l i c h a n g e b o t e n w e r d e n". Und § 295: „Ein w ö r t l i c h e s A n g e b o t des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat." Im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes behauptet nun die herrschende Lehre — mit Ausnahme Rosenbergs[63]) — die Unterarten des Angebots seien: 1. ein tatsächliches, 2. ein wörtliches Angebot. Hierbei soll — wenigstens theoretisch — das tatsächliche Angebot die Regel sein, während die Anwendungsfälle des wörtlichen Angebots in der Praxis häufiger seien.[64])

Was nun die rechtliche Natur des Oberbegriffs „Angebot" betrifft, so bleibt die herrschende Lehre in der Mehrzahl[65]) die Beantwortung dieser Frage schuldig. Wir werden später nachzuweisen haben, daß eine Beantwortung dieser Frage auch garnicht möglich ist, da das, was man „tatsächliches" bzw. „wörtliches" Angebot nennt, richtiger Ansicht nach verschiedene rechtliche Na-

---

59) Z. B. Dernburg, Schuldrecht, § 75; v. Gierke, S. 139 ff.; Rosenberg, S. 141 ff.; Oertmann, § 293 ff. u. a.
60) Jher. Jahrb., S. 400 ff.
61) Archiv, S. 195.
62) Staudinger, § 293.
63) Rosenberg, S. 150.
64) Brodmann, S. 290.
65) So Staudinger, Kreß, S. 472 ff.; Wolffenstein, Warneyer, RGR. Komm., Enneccerus, § 280.

turen hat und demzufolge nicht unter den Oberbegriff des „Angebots" verkoppelt werden kann. Aber auch die Anhänger der herrschenden Lehre sind, soweit sie den beiden Unterarten des Angebots verschiedene rechtliche Naturen beilegen, außerstande, die Frage zu beantworten. So z. B. Staudinger[66]), nachdem das tatsächliche Angebot eine empfangsbedürftige Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft, das wörtliche Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft, ist und Kreß,[67]) der umgekehrt in dem tatsächlichen Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft, und in dem wörtlichen Angebot eine Rechtshandlung erblickt. Andere[68]) begnügen sich mit der Feststellung, daß ein Angebot des Schuldners Voraussetzung des Gläubigerverzuges sei, behandeln dann, wer anbieten könne, zu welcher Zeit, wo usw. Nach Beantwortung dieser Fragen kommen sie schließlich zu den Unterarten Real-Verbal-Angebot und gehen erst jetzt auf die rechtliche Natur dieser Unterarten ein.

Nach Oertmann[69]) ist das Angebot eine „richtungsbedürftige Erklärung", kein Rechtsgeschäft, keine einseitige empfangsbedürftige Erklärung wie Rosenberg[70]) meint. Oertmann geht von dem Prinzip des vom Schuldner vorzunehmenden Angebots aus, wie es die Motive[71]) formulieren: „Der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt, und welche, wenn der Gläubiger aus der konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt." Er bestimmt dann, zunächst rein negativ, daß das Angebot kein Rechtsgeschäft sei. Da auch die Erfüllung als solche kein Rechtsgeschäft sei[72]), so könne auch ihr bloßes Angebot, da das Angebot inhaltlich weniger als die Erfüllung selbst sei[73]), keine schwereren Erfordernisse haben. Das Angebot ist vielmehr nur richtungsbedürftige Erklärung. Richtungsbedürftig ist sie, d. h. die Erklärung muß sinngemäß in der Richtung auf den Gläubiger bzw. dessen Vertreter abgegeben sein, sie ist aber nicht in dem strengen Sinne des § 130 BGB. empfangsbedürftig[74]). Unter den Begriff „Erklärung" fallen nach Oertmann bald ausdrückliche, seien es mündliche, seien es schriftliche Erklärungen (so beim sogenannten wörtlichen Angebot), bald Erklärungen, durch konkludente

[66]) Staudinger, § 294 Anm. 3 u. § 295 Anm. 2a.
[67]) Kreß, S. 472 ff. u. 473 Anm. 21.
[68]) So Wolffenstein, S. 46 ff.; K. Klein, S. 3 ff., S. 20 ff.; Wenz, S. 6 ff., S. 55 ff.; Staudinger.
[69]) Oertmann, § 294 Anm. 1 u. Arch. S. 9 ff.
[70]) Rosenberg, S. 157.
[71]) Motive, S. 69.
[72]) So herrsch. Meinung, z. B. Oertmann, § 362 Anm. 5; Leonhard, S. 585 ff.; Planck, § 362 Anm. 2b; anders z. B. Kreß, S. 446 ff. (gleich Vertrag); Manigk, Anwendungsgebiet, S. 40 ff. (gleich einseitiges Rechtsgeschäft).
[73]) So auch Breit, S. 230.
[74]) Oertmann, § 294 Anm. 5; § 295 Anm. 1a; Arch. S. 9 ff.

Handlungen, z. B. tue der Schuldner genug, wenn er die Sache an die regelmäßige Adresse des Gläubigers abschicke (so beim sog. tatsächlichen Angebot), bald Erklärungen plus eine tatsächliche Handlung. So müsse z. B. der Schuldner bei Bringschulden mit dem Leistungsgegenstand beim Gläubiger erscheinen und letzteren auf das gegenwärtige Vorhandensein hinweisen[75]) (so beim sog. tatsächlichen Angebot). Wir sehen schon hier, welcher Künstelei es bedarf, um die Unterbegriffe: tatsächliches und wörtliches Angebot unter den Oberbegriff Angebot als einer richtungsbedürftigen Erklärung zu bringen.

Siber[76]) begnügt sich mit einer negativen Begriffsbestimmung des „Angebots" als Oberbegriff. Auch nach ihm ist das Angebot kein Rechtsgeschäft, auch keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Wohl könne das Angebot eine Willenserklärung, die als solche erst mit dem Zugange wirksam werde, enthalten, z. B. den Antrag auf Uebereignung der angebotenen Sache, dies müsse aber nicht notwendig der Fall sein, so z. B. bei Arbeitsleistungen und bei bloßer Besitzrückgabe, — eine Willenserklärung sei das Angebot als solches nicht. Daraus daß die im Angebot enthaltene Willenserklärung empfangsbedürftig sei, folge deshalb noch nicht, daß auch das Angebot als solches empfangsbedürftig sei. Nach dieser negativen Bestimmung des Oberbegriffs Angebot geht Siber dazu über, zunächst das „tatsächliche Angebot" und später das „wörtliche Angebot" auf ihre juristische Natur hin zu untersuchen[77]). Eine klare Beantwortung, was das Angebot als Oberbegriff sei, erhalten wir von ihm nicht.

Nach Rosenberg[78]) ist das Angebot eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Bemerkenswert ist, daß bei Rosenberg das Angebot nicht in die Unterarten des tatsächlichen und des wörtlichen Angebots zerfällt. Rosenberg wendet sich vielmehr ausdrücklich gegen die Unterscheidung zwischen Real- und Verbalangebot, die er unlogisch und daher fehlerhaft nennt, weil man den Umfang der „Leistungsbereitschaft" mit der Art des Angebots verwechsele[79]). Was nun die Unterscheidung dieser beiden Unterarten, insbesondere in Beziehung auf Bring- und Holschulden, betreffe, so sei das Unterscheidungsmerkmal lediglich ein rein äußerliches Moment, nämlich die Verschiedenheit des Erfüllungsortes, richtiger des Vollzugsortes[80]): Der Schuldner habe bald dem Gläubiger die Sachen zu bringen, bald habe dieser sie beim Schuldner abzuholen. In beiden Fällen erfülle der Schuldner nur seine vertragsmäßige Pflicht, nicht mehr und nicht weniger. Da nun das Angebot stets Angebot sei, d. h. eine reine Willenserklärung mit dem

[75]) Oertmann, a. a. O. u. RGZ. 109, S. 328.
[76]) Planck-Siber, § 294 Anm. 2
[77]) Planck-S., a. a. O. u. § 295 Anm. 3.
[78]) Rosenberg, S. 157.
[79]) Rosenberg, S. 150 ff.; zustimmend Endemann, S. 787 Anm. 10.
[80]) Leonhard, S. 226 ff.

Zwecke, die Leistungsbereitschaft dem Gläubiger zu erkennen zu geben, so sei nicht die Art und Weise, wie das Angebot gestaltet sein müsse, das Unterscheidungsmerkmal, sondern der Umfang der Leistungsbereitschaft. Der Schuldner habe immer das anzubieten, wozu er nach dem Inhalt des jeweiligen Vertragsverhältnisses verpflichtet sei: So habe der Schuldner bei Bringschulden nicht „real", bei Holschulden nicht „verbal" anzubieten, vielmehr sei das Maß der Leistungsbereitschaft dasselbe: der Schuldner habe tatsächlich leistungsbereit zu sein und seine tatsächliche Leistungsbereitschaft anzubieten.

Bei den anderen Fällen, bei denen der Gläubiger in anderer Weise als in der Form der Abnahme oder des Abholens zur Lösung des Schuldverhältnisses mitzuwirken habe, sei der Schuldner — in der Regel wenigstens — nicht in der Lage, die Tätigkeit zu entwickeln, zu der er verpflichtet sei. Demzufolge könne der Schuldner auch nicht die fertige Leistung anbieten, sondern nur so viel anbieten, als er ohne Mitwirkung des Gläubigers zu tun vermag und ihm erklären, er sei bereit, nach erfolgter Mitwirkung des Gläubigers die Leistung dem Vertrag gemäß herzustellen. Da der Schuldner garnicht in der Lage sei, seinen Vertragspflichten nachzukommen, also auch nicht tatsächlich leistungsbereit sein könne, so setze er den Gläubiger durch das Angebot einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft in Verzug. Das Gleiche gelte für die Fälle vorheriger Verweigerung der Annahme.

Diese Auffassung ist allgemein abgelehnt worden[81]); nur einen berechtigten Kern hat man in ihr anerkannt[82]), nämlich, daß die Unterscheidung in tatsächliches und wörtliches Angebot „auf einer Ueberschätzung des sich beim Gläubiger abspielenden eigentlichen Angebotsaktes gegenüber der seine Grundlage bildenden Leistungsbereitschaft des Schuldners beruhe". Man macht gegen Rosenberg geltend, daß die Ansicht Rosenbergs dem Sprachgebrauch des Gesetzes nicht entspräche. Insbesondere wendet man sich dagegen, daß nach Rosenberg[83]), § 294, die Fälle der Holschuld mit umfasse. Nach Rosenberg bietet der Schuldner, der den Gläubiger auffordert, den vertragsmäßig fertiggestellten Schuldgegenstand bei ihm abzuholen, die Leistung so an, wie sie zu bewirken ist, so daß also der Fall eines Angebots der tatsächlichen Leistungsbereitschaft vorliegt. Da hiernach auch die Fälle der Holschuld unter §294 fallen, so ist der Satz in § 295:„insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat", eine „müßige Wiederholung", die man ohne Bedenken streichen könne. Demgegenüber führt die herrschende Meinung[84]) aus, daß erst wenn der Gläubiger den Leistungsgegenstand abholen

---

[81]) Oertmann, a. a. O..; Planck-S., a. a. O.; Staudinger, § 294 Anm. 2; Adler, S. 473 Anm. 40; zustimmend Endemann, S. 187 Anm. 10.

[82]) Oertmann, § 294 Anm. 4; anders Planck-S., § 293 Anm. 1; Schenker, S. 160 Anm. 2.

[83]) Rosenberg, S. 154 ff.

[84]) Planck-S., § 293 Anm. b; Adler, S. 475 ff.; Oertmann, § 294 Anm. 4.

will, die Leistung tatsächlich so, wie sie zu bewirken ist, bereit sein muß. Zur Zeit des wörtlichen Angebots dagegen braucht der Schuldner nicht vollständig zur Leistung bereit zu sein, sondern er muß nur imstande sein, wenn der Gläubiger sich bei ihm einfindet, die geschuldete Leistung zu bewirken. Z. B. muß der Schuldner die geschuldete Sache, die der Gläubiger abzuholen hat, sich jederzeit verschaffen können[85]). Die Fälle der Holschulden fallen demnach nicht unter § 294, sondern unter § 295, so daß auch der von Rosenberg beanstandete Satz seine Berechtigung hat. Besonders wird man sich aber gegen die Einführung des dem BGB. unbekannten Begriffes der „Leistungsbereitschaft" wenden müssen, umsomehr als dieser Begriff garnicht eindeutig ist. So kann Leistungsbereitschaft einmal dahin verstanden werden, daß der Schuldner objektiv zur Leistung bereit, daß er also tatsächlich in der Lage, ist, die Leistung zu bewirken, z. B. der Schuldner hat den geschuldeten Gegenstand hergestellt und kann ihn dem Gläubiger übereignen. Leistungsbereitschaft kann aber auch heißen, der Schuldner ist subjektiv zur Leistung bereit, er hat die Absicht, den Willen zu leisten[86]). Wohl unterscheidet Rosenberg tatsächliche und wörtliche Leistungsbereitschaft. Aber in § 294 reicht eine tatsächliche Leistungsbereitschaft, gleich die tatsächliche Fähigkeit, nicht aus, der Schuldner muß auch die Leistung bewirken wollen. In § 295 reicht eine wörtliche Leistungsbereitschaft, gleich die Absicht zu bewirken, vielleicht aus, wenn der Schuldner zunächst garnichts zu tun hat, der Gläubiger mit seiner Handlung vorangehen muß. Aber auch in diesen Fällen genügt die Absicht, die Leistung zu bewirken wiederum nicht, wenn der Schuldner besondere Eigenschaften, Kenntnisse usw. haben muß. Und erst recht nicht genügt eine wörtliche Leistungsbereitschaft in den § 295 BGB. verwandten Fällen, wo zunächst der Schuldner beginnen, dann der Gläubiger mit seiner Handlung einsetzen muß, und dann wieder der Schuldner eingreifen muß. Wir sehen also, der Begriff Leistungsbereitschaft ist mehrdeutig und wird auch durch die Unterscheidung von Rosenberg nicht eindeutig bestimmt. Die herrschende Meinung hält also daran fest, daß das Angebot bei Bring- und Holschulden sich auf verschiedene Art zu äußern habe, wie sie auch an der Unterscheidung des wörtlichen und tatsächlichen Angebots festhält.

§ 6. Das tatsächliche Angebot.

§ 294 lautet: „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden". Dieser Paragraph ist eine Ergänzung des § 293, indem er bestimmt, wie das Angebot — in der Regel — beschaffen sein muß.

---

85) Kreß, S. 473 Anm. 22; RGZ. 50 S. 260.
86) Schenker, S. 152 ff.; Leonhard, S. 575.

Das Prinzip des vom Schuldner zu machenden Angebotes ist, daß der Schuldner diejenige Tätigkeit entwickeln muß, die ihm das besondere Schuldverhältnis vorschreibt und die, falls der Gläubiger das seinerseits Erforderliche tut, zur Erfüllung des Schuldverhältnisses führt[87]). Da § 294 den Regelfall behandelt, in dem die Mitwirkung des Gläubigers sich auf die Annahme der angebotenen Leistung beschränkt, so ergibt sich die Notwendigkeit des tatsächlichen Angebots. „Das Angebot muß so erfolgen, daß der Gläubiger nichts weiter zu tun hat, als zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen"[88]). Zum tatsächlichen Angebot gehört also die gesamte Tätigkeit des Schuldners bis zur Annahme oder bis zur sonstigen notwendigen Mitwirkung des Gläubigers. Genauer betrachtet besteht das tatsächliche Angebot aus einer Tätigkeit und einer Benachrichtigung des Gläubigers von dieser Tätigkeit, sei es durch konkludente Handlung, sei es durch eine ausdrückliche Erklärung, oder wie Gierke es ausdrückt, die Willenserklärung müsse die Gestalt eines Realaktes haben, mit einem Bringen, Darreichen, Sich-Einfinden zur Arbeit usw. verknüpft sein[89]). Durch das tatsächliche Angebot äußert der Schuldner sein Leistungsvermögen, wodurch der Gläubiger in den Stand gesetzt wird, die Leistung anzunehmen und sie auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen[90]).

Die Beschaffenheit des Angebotes richtet sich nach dem Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses[91]). Bei Bringschulden z. B. muß der Schuldner sich mit der geschuldeten Sache zum Gläubiger begeben, so daß letzterer sie in Empfang zu nehmen imstande ist. Nicht notwendig ist, daß der Schuldner den Leistungsgegenstand dem Gläubiger darreicht, es genügt vielmehr, daß der Schuldner ihn bei sich hat, und dem Gläubiger seine Absicht, die Leistung vorzunehmen kundtut[92]). Zweifelhaft ist, was bei Schickschulden unter dem tatsächlichen Angebot zu verstehen ist. Reichte bei den Bringschulden die Tätigkeit des Schuldners bis zur Annahme durch den Gläubiger, so tritt hier zwischen die schuldnerische Tätigkeit (adressieren und absenden) und die Annahme des Gläubigers die Tätigkeit eines Dritten, der nicht Erfüllungsgehilfe des Schuldners, auch nicht Empfangsvertreter des Gläubigers ist. Von einer Nichtannahme kann hier erst bei der Ankunft des Gutes die Rede sein, die Tätigkeit

---

[87]) Motive, II S. 69 ff.
[88]) RGZ. 109, S. 328.
[89]) Gierke, S. 140 Anm. 111.
[90]) Endemann, S. 786 Nr. 2.
[91]) Siehe hierzu Schenker, S. 162 ff., nach dem es ein müßiges und systematisch verfehltes Unterfangen ist, außerhalb der Lehre von der Erfüllung noch besondere Regeln über Form u. Inhalt des Realangebotes aufzustellen, da der Schuldner leiste, indem er anbiete, die Frage nach der Beschaffenheit des Realangebotes gleichbedeutend mit der Frage nach der Art und Weise der Erfüllung überhaupt sei. Vgl. auch Rosenberg, S. 167 ff. u. Teil II dieser Arbeit.
[92]) Oertmann, § 294 Anm. 2; RGZ. 85, S. 416; vgl. dazu die Krit. Schenkers, S. 164 ff. u. vgl. unten S. 38 ff.

des Schuldners ist aber mit dem Absenden zum Abschluß gekommen. Da die Beförderung selbst nicht zu den Verpflichtungen des Schuldners gehört, also nicht zu dem tatsächlichen Angebot gerechnet werden kann, so gehört hier zum tatsächlichen Angebot nur das richtige Adressieren und Absenden des Gutes[93]). Hat der Schuldner eine Gegenforderung an seinen Gläubiger, so ist dem tatsächlichen Angebot nicht Genüge getan, wenn er sich zur Abrechnung erbietet; der Schuldner muß hier vielmehr mindestens den Betrag seiner von ihm behaupteten Forderungen angeben und den etwaigen verbleibenden Rest tatsächlich anbieten[94]). Bilden Dienstleistungen den Gegenstand des Schuldverhältnisses, so muß sich der Schuldner in Person am Leistungsorte einfinden, unter Umständen mit der erforderlichen Ausrüstung, um seine Diensthandlungen vornehmen zu können[95]).

Wenn das Gesetz bestimmt, die Leistung müsse angeboten werden, „so, wie sie zu bewirken ist" (§ 294 BGB.), so bedeutet das, daß die Leistung als Erfüllung und in der richtigen Art (§ 242 ff. BGB.), daß sie vollständig (§ 266 BGB.), am gehörigen Ort (§§ 269, 270 BGB.) und zur gehörigen Zeit (§ 271 BGB.) angeboten werden muß[96]). So kommt z. B. der Gläubiger, der eine mangelhafte Sache zurückweist, grundsätzlich nicht in Verzug; jedoch ist hierbei wie auch bei den anderen Fällen auf § 242 BGB. besonderes Gewicht zu legen[97]). Unter Berücksichtigung des § 242 BGB. kann der Fall eintreten, daß trotz Ablehnung einer ordnungsmäßigen und mangelsfreien Leistung kein Gläubigerverzug eintritt. So kommt z. B. ein Gläubiger, dem der Verkäufer die vorherige Untersuchung auf Mängel nicht gestattet, trotz Ablehnung des ordnungsmäßigen, mangelsfreien Angebots nicht in Verzug[98]).

Den Beweis, daß die Leistung dem Gläubiger ordnungsgemäß angeboten, von diesem aber nicht angenommen ist, hat der Schuldner zu bringen[99]).

Die Frage, ob der Gläubiger Kenntnis von dem Angebot erlangen muß, legt uns zugleich die Frage nach der rechtlichen Natur des tatsächlichen Angebotes vor. Nach herrschender Meinung[100]), die allerdings, wie Brodmann[101]) richtig bemerkt, immer mehr verlassen wird[102]), ist das tatsächliche Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft. Will man überhaupt der herrschenden Lehre vom Gläubigerverzug folgen, ein „Angebot"

---

93) Staudinger, § 294 Anm. 2; Planck.-S., § 293 Anm. 1b; § 294 Anm. 2.
94) RGZ. 49, S. 38.
95) Staudinger, § 294 Anm. 2.
96) Ausführlicher: Teil II.
97) Vgl. genauer unten S. 51 ff.
98) Leonhard, S. 572/73; Planck, § 293 Anm. 2b u. Genannte.
99) Oertmann, § 293 Anm. 4; Staudinger, § 293 Anm. 6.
100) So Gierke, S. 140 Anm. 110; Kreß, S. 472 ff.; Rosenberg, S. 157; Staub, § 373 Anm. 11a.
101) Ehrenbergs Handb. 4. Bd. S. 289 Anm. 2.
102) So Planck, § 294 Anm. 2; Oertmann, § 294 Anm. 1 und 5; Warneyer, § 294 Anm. 1.

des Schuldners als Voraussetzung des Verzuges fordern, so scheint es richtiger zu sein, in dem Angebot als solchem zunächst kein Rechtsgeschäft zu erblicken. Die Gründe hierfür sind dieselben, die Oertmann[103]) veranlaßten, die rechtsgeschäftliche Natur des Angebotes als Oberbegriff zu leugnen, nämlich: da die Erfüllung als solche kein Rechtsgeschäft ist, kann auch das bloße Angebot keine erschwerten Erfordernisse haben. Das Angebot ist auch nicht empfangsbedürftig in dem strengen Sinne des § 130 BGB. Wenn es in § 294 heißt: Die Leistung müsse „dem Gläubiger" angeboten werden, so ist das nicht wie die Worte „einem anderen gegenüber" in § 130 BGB. zu verstehen, sondern es soll hierdurch nur die allgemeine Richtung auf den Gläubiger hin angedeutet werden[104]). Das Angebot ist nur eine „richtungsbedürftige Erklärung", wie es Oertmann[105]) nennt. Fährt z. B. der Schuldner mit der geschuldeten Sache vor das Haus des Gläubigers und findet dieses verschlossen, weil der Gläubiger verreist ist und keinen Vertreter zurückgelassen hat, so liegt ein wirksames Angebot vor, das an den Gläubiger gerichtet war, wenn es auch nicht an ihn gelangt ist[106]).

Bei der Erörterung dieses Falles sehen wir zugleich die großen Meinungsverschiedenheiten innerhalb der herrschenden Lehre vom Angebot. Zunächst: wollte man das Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung ansehen, so würde dies zu großen Unzuträglichkeiten führen. In dem obigen Fall könnte der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag keinen Gefahrenübergang bewirken, da nach dieser Gegenmeinung kein gültiges Angebot vorliegt, der Gläubiger deshalb auch nicht im Verzug ist (§ 324, Abs. 2. BGB.). Aus demselben Grund kann der Schuldner — in den Fällen des § 300. Abs. 2 BGB. — keine Konkretisierung der Gattungsschuld herbeiführen (vgl. § 243, Abs. 2 BGB.)[107]). Da, wie man behauptet hat, durch die Abwesenheit des Gläubigers das tatsächliche Angebot unmöglich geworden ist, so soll an seine Stelle das wörtliche Angebot treten. Will der Schuldner mit diesem nicht warten, bis der Gläubiger sich gemeldet und seine Adresse mitgeteilt hat, so bleibt ihm letzten Endes nur die öffentliche Zustellung nach § 132, Abs. 2 BGB. übrig[108]). Dies langwierige und teure Verfahren dem Schuldner zuzumuten, ist höchst unbillig, umsomehr als ihm die Kosten der Gläubiger, da er ja noch nicht im Gläubigerverzug ist, nicht zu erstatten hat (§ 304 BGB.)[109]). Daraus, daß das tatsächliche Angebot hier unmöglich sein soll, hat man

[103]) Oertmann, vgl. oben S. 16 ff.: auch Planck, a. a. O.; Staudinger, § 294 Anm. 3.

[104]) Leonhard, S. 569 ff.; Planck a. a. O.

[105]) Oertmann, Archiv, S. 10.

[106]) Leonhard, S. 571; Planck, § 294 Anm. 2; im Ergebnis auch Kohler, Arch., S. 199; vgl. auch v. Blume, S. 8.

[107]) So auch Planck, a. a. O. und § 243 Anm. 4c.

[108]) So Rosenberg, S. 160; Tempel, S. 73 ff.; Planck im Gegens. zu Siber § 294 Anm. 2.

[109]) Siber, a. a. O.; Leonhard, S. 571.

sogar auf die Unmöglichkeit des Gläubigerverzuges überhaupt geschlossen, so daß dem Schuldner nichts anderes als der Weg der Hinterlegung (§ 392, Satz 2 BGB.: „aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde"), gegebenenfalls der Selbsthilfeverkauf nach § 383 BGB. übrig bleibt[110]). Die Unrichtigkeit dieser Folgerung ergibt sich aus § 299 BGB. vermittels argumentum e contrario. Ist nach dieser Ausnahmebestimmung der Gläubigerverzug ausgeschlossen, wenn der Gläubiger nur vorübergehend an der Annahme der Leistung verhindert ist, so kann andererseits sehr wohl Verzug eintreten, wenn der Gläubiger dauernd oder für eine nicht voraussehbare Zeit an der Annahme verhindert ist[111]). Da das Angebot unmöglich sein soll, wenn der Gläubiger unbekannt wohin verreist ist, so hat man ferner gefolgert: In diesen Fällen des „Annahmehindernisses oder Ablieferungshindernisses" bedürfe es gar keines Angebotes, der Gläubiger komme hier ohne weiteres in Verzug[112]). Abgesehen davon, daß es schwer fallen wird, den Zeitpunkt des Gläubigerverzuges festzustellen, widersprechen dem auch die §§ 372, 383 BGB. Als Fälle der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufes sind zwei verschiedene Fälle aufgezählt: 1. Der Gläubigerverzug (§ 372, Satz 1, § 383, Abs. 1, Satz 1); 2. die Erfüllungshinderung aus „einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde" (§§ 372, Satz 2, 383, Abs. 1, Satz 2 BGB.). Die Unmöglichkeit der Annahme ist ein typischer Fall eines in der Person des Gläubigers liegenden Leistungshindernisses. Wenn aber trotzdem der Gläubigerverzug als ein besonderer, verschiedener Fall der Hinterlegung genannt wird, so deshalb, weil er nicht ohne weiteres eintritt, und weil er sich hierdurch von den anderen in der Person des Gläubigers liegenden Leistungshindernissen unterscheidet[113]).

Wir sehen also wie weit die Meinungen auseinandergehen. Vorzuziehen ist, wenn man sich auf den Standpunkt der Angebotslehre stellen will, die Ansicht, nach der auch beim „Annahmehindernis" oder „Ablieferungshindernis"[114]) ein Angebot des Schuldners erforderlich ist, und nach der der Gläubiger von dem tatsächlichen Angebot nicht notwendigerweise Kenntnis erlangen muß.

§ 7. Das wörtliche Angebot.

Der Grundsatz des tatsächlichen Angebots wird aber durchbrochen und ein wörtliches Angebot für ausreichend erklärt: 1. wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, und 2. wenn

110) Charmak, S. 29; Hirsch, S. 253.
111) Oertmann, § 294 Anm. 5.
112) Kohler, Archiv, S. 191 u. 199; Warn. § 295, III; vgl. Planck, § 295 Anm. 3.
113) Enneccerus, § 280 Anm. 7; Oertmann, Arch. S. 8 ff. u. § 295 Anm. 3.
114) Kohler, a. a. O. S. 199 Anm. 39.

zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat (§ 295 BGB.).

Das wörtliche Angebot ist die Erklärung des Schuldners an den Gläubiger, daß er zur Erfüllung bereit und imstande sei, wenn der Gläubiger seine notwendige Mitwirkung vornimmt. Das wörtliche Angebot ist, wenn man sich überhaupt der herrschenden Lehre anschließen will, eine dem Gläubiger gegenüber abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärung[115]). Es finden deshalb die Vorschriften über die Willenserklärungen (§§ 116 ff. BGB.), insbesondere die §§ 130, 132 BGB. Anwendung. Danach wird das wörtliche Angebot in dem Zeitpunkt wirksam, in dem es dem Gläubiger „zugeht" (§ 130, Abs. 1 BGB.). Daß der Gläubiger unter allen Umständen von dem Angebot Kenntnis erlangt, ist nicht notwendig; es genügt, wenn in verkehrsüblicher Weise dem Gläubiger die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Angebots gegeben war (Empfangstheorie). Ist der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt, ist auch ein Vertreter zur Empfangnahme des Angebots nicht zugegen, so bleibt dem Schuldner nichts anderes als die öffentliche Zustellung des Angebots übrig (§ 132, Abs. 2 BGB.). Die Zustellung erfolgt dann nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Bestimmungen der ZPO. (§§ 203 ff. ZPO.). Das wörtliche Angebot gilt dann an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszuges in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist (§ 206 ZPO.). Der Gläubigerverzug wird aber nicht sogleich in diesem Augenblick eintreten, sondern erst dann, wenn der Gläubiger die erforderliche Mitwirkung innerhalb einer nach Treu und Glauben zu bemessenden Frist nicht vorgenommen hat.[116])

Das wörtliche Angebot ist ein Rechtsgeschäft,[117]) das allen Vorschriften über solche unterworfen ist. Man hat vielfach behauptet, das wörtliche Angebot könne wohl rechtsgeschäftliche Erklärungen enthalten, aber das Angebot als solches sei keine rechtsgeschäftliche Erklärung, und deshalb seien auch die §§ 130 ff. BGB. „mindestens nicht unmittelbar" anwendbar.[118]) Da das wörtliche Angebot Erfüllungshandlung sei, könne es nur dann ein Rechtsgeschäft sein, wenn auch die Erfüllungshandlungen notwendigerweise rechtsgeschäftlichen Charakter hätten, was z. B. bei tatsächlichen Dienstleistungen

---

115) Wolffenstein, S. 60; Staudinger, § 295 Anm. 2a; Crome, S. 151 Anm. 45; Goldmann-L., S. 349; Rosenberg, S. 157 ff.; vgl. Manigk, Willenserklärung, S. 727/28; anders Schenker, S. 166 ff.; Kohler, Archiv, S. 199.

116) Oertmann, § 295 Anm. 2.

117) Staudinger, a. a. O.; Wolffenstein, a. a. O.; Schollmeyer, § 296; 1b; Goldmann-L., S. 349; vgl. auch Leonhard, S. 574.

118) Planck-S., § 295 Anm. 3; Kreß, S. 473 Anm. 21; Warn. § 295, III; Kohler, Lehrb. S. 199; Zitelmann, Rechtsgeschäfte, S. 32 ff. („rechtserhebliche Mitteilung") vgl. hierzu Manigk, S. 95 ff.

nicht der Fall sei; jedoch zu Unrecht. Wir werden später[119]) nachzuweisen haben, daß das sog. wörtliche Angebot gar keine Erfüllungshandlung ist, und daß es sich gerade hierdurch von dem sog. tatsächlichen Angebot unterscheidet.

Unrichtig ist es auch, wenn nach Schenker [120])das sog. wörtliche Angebot nur eine Mitteilung, eine „Bereitschaftsanzeige" ist, und überhaupt nur dann notwendig sein soll, wenn dem Gläubiger die Leistungsbereitschaft des Schuldners nicht ohne weiteres erkennbar ist. Letzteres steht im klaren Widerspruch zu § 295 BGB. Daß aber eine einfache Mitteilung in den Fällen des § 295 BGB. garnicht ausreichend ist, wird später auszuführen sein.[121])

In § 295 BGB. sind zwei Fälle zu unterscheiden.

I. „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde".

Diese Erleichterung wird praktisch vornehmlich bei den sog. Bringschulden. Voraussetzung ist, daß der Gläubiger seine Annahmeweigerung[122]) erklärt hat, und zwar muß, wie sich aus dem Gebrauch des Perfekts „erklärt hat", ergibt, die Erklärung der Annahmeverweigerung dem wörtlichen Angebot zeitlich vorangehen. Ein vorher erfolgtes wörtliches Angebot führt also keinen Gläubigerverzug herbei, auch wenn der Gläubiger später erklärt, daß er die Annahme der Leistung verweigere.[123])

Der gesetzgeberische Grund, ein wörtliches Angebot für genügend zu erachten, wird einmütig in Folgendem gefunden: Es wäre nutzlos und eine Verschwendung von Menschen- und Naturkräften, wenn der Schuldner alle zu einem tatsächlichen Angebote erforderlichen, oft schwierigen und kostspieligen Aufwendungen machen müßte, obwohl der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Es liege also im Interesse des Schuldners, von einem tatsächlichen Angebot verschont zu werden, es liege aber auch im Interesse des Gläubigers, der schließlich die Kosten des ganz unnötigen Unternehmens zu tragen hätte.[124])

Wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so ist der Schuldner zwar von einem tatsächlichen Angebot befreit, aber nicht von einem Angebot überhaupt. Hierin unterscheidet sich das BGB. von dem gemeinen Recht, nach dem — wenigstens nach einer verbreiteten Auffassung[125]) — der Verzug mit der Erklärung der Annahmeweigerung durch den Gläubiger, also ohne jedes Angebot des Schuldners eintrat. Erst durch das

---

[119]) vgl. unten Teil III.
[120]) S. 166 ff.; für die Mitwirkungsverweigerung von vorneherein S. 182 ff.
[121]) Vgl. unten Teil III.
[122]) Ueber deren Form und rechtl. Charakter s. oben S. 9 ff.
[123]) Staudinger, § 295 Anm. 1a; RGZ. 50 S. 210.
[124]) Vgl. Kohler, Jahrb. S. 401.
[125]) Kohler, Jahrb. S. 401; M. Wolff, S. 407; Thoel, S. 286; anders Mommsen, S. 141 ff., 176; Dernburg, Pandekten II S. 120; s. die Gründe zu der neuen Regelung des BGB.; Romeick, S. 88 ff. gegen Kohler, Archiv, S. 197 ff.

nachfolgende Angebot des Schuldners wird nach dem BGB. der Gläubiger in Verzug gesetzt. Es genügt hier ein wörtliches Angebot, an dessen Stelle aber auch, soweit dies überhaupt möglich ist, ein tatsächliches Angebot treten kann, obwohl es nicht erforderlich ist.[126]) Hat der Gläubiger erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so braucht der Schuldner nicht erst bis zur Fälligkeit mit dem wörtlichen Angebot zu warten, er kann vielmehr die Annahmeweigerung des Gläubigers sofort mit dem wörtlichen Angebot beantworten. Wiederholt daraufhin der Gläubiger seine Weigerung oder widerruft er sie nicht, so kommt er ohne weiteres in Verzug, sobald der Schuldner zu leisten berechtigt ist. Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht haben Schollmeyer[127]) und Endemann[128]) noch ein wörtliches Angebot im Zeitpunkt der Fälligkeit gefordert, da der Gläubiger inzwischen seine Meinung geändert haben könne. War die Annahmeweigerung des Gläubigers überhaupt eine ernstliche Willensäußerung, so bleibt der Gläubiger an sie gebunden, solange er sie nicht widerrufen hat. Da nach dem BGB. der Wille nur, soweit er erklärt ist, entscheidend ist, so ist kein Grund einzusehen, weshalb beim Gläubigerverzug im Gegensatz zu sonst auf die Möglichkeit einer Willensänderung des Gläubigers, also auf einen inneren Vorgang, Rücksicht genommen werden soll. Wenn der Gläubiger aber die Erklärung der Annahmeweigerung widerruft, so muß der Schuldner tatsächlich anbieten.[129]) Eine durch die Annahmeweigerung verursachte Verspätung der Leistung darf unter Berücksichtigung des § 242 BGB. dem Schuldner nicht zum Nachteil angerechnet werden.[130])

Wenn § 295 bestimmt, ein wörtliches Angebot des S c h u l d n e r s genüge zur Inverzugsetzung, wenn dagegen im § 294 BGB. in unpersönlicher Fassung bestimmt wird, daß die Leistung tatsächlich angeboten werden müsse, so ist diese unterschiedliche Ausdrucksweise beabsichtigt. Da das tatsächliche Angebot Erfüllungshandlung ist, so kann es vom Schuldner oder seinem Vertreter oder nach Maßgabe des § 267 BGB. auch von dritten Personen ausgehen.[131]) Ein wörtliches Angebot muß dagegen vom Schuldner selbst ausgehen.[132]) Die allgemein gebilligte Begründung in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung[133]) lautet, man dürfe es dem Gläubiger nicht zumuten, wegen der seinerseits zur Bewirkung der Leistung notwendigen Tätigkeiten sich mit einem Dritten einzulassen, und daß der Gläubiger, besonders bei Holschulden, sich nicht erst noch von dem Leistungsvermögen des Dritten überzeugen müsse.

---

[126]) Warneyer, § 295 III; Planck-S., § 395 Anm. 1.
[127]) Schollmeyer, S. 138.
[128]) Endemann, S. 787 Anm. 9.
[129]) Kohler, Arch. S. 197; Planck-S., § 295 Anm. 1; Romeick, S. 90; K. Klein Arch. S. 269 ff.
[130]) Vgl. Rosenberg, S. 194; Adler, S. 474.
[131]) Planck, § 293 Anm. 2c.
[132]) Planck-S., § 295 Anm. 4; Oertmann, § 295 Anm. 5.
[133]) Prot. II Bd. 1 S. 329.

Da ein wörtliches Angebot des Schuldners, ohne daß dieser z. Zt. des Angebots imstande ist, die Leistung zu bewirken, nichts anderes als eine Phrase ist, so kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn er das mangelnde Leistungsvermögen des Schuldners beweist (§ 297 BGB.). Daß im Falle der vorher erklärten Annahmeweigerung das Leistungsvermögen kein „tatsächliches", sondern nur ein vermindertes zu sein braucht, haben wir bereits früher nachgewiesen.[134])

II. Der zweite Fall im § 295 BGB. lautet: „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt . . ., wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat."

Die Bestimmung, daß ein wörtliches Angebot genüge, beruht im ersten Fall nach herrschender Lehre auf Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsrücksichten, im zweiten Fall ergibt sie sich aus der Natur der dort angeführten Rechtsgeschäfte. Wenn es im § 295 BGB. heißt: „wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist", sei ein wörtliches Angebot genügend, so ist das eine ungenaue Ausdrucksweise. Eine Mitwirkung des Gläubigers ist bei fast allen Schuldverhältnissen erforderlich; wo dies nicht der Fall ist, ist für den Gläubigerverzug kein Platz. [135]). Unter der Mitwirkung des Gläubigers in § 295 BGB. kann nicht die bloße Annahme der angebotenen Leistung verstanden werden, da sonst § 294 BGB. mit seinem tatsächlichen Angebot überflüssig wäre. Unter den Hilfshandlungen des § 295 BGB. ist deshalb diejenige Mitwirkung des Gläubigers zu verstehen, die über die bloße Annahme der angebotenen Leistung hinausgeht, und zwar handelt es sich hier um Rechtsgeschäfte, bei denen der Gläubiger mit seiner Mitwirkungstätigkeit vorangehen muß.[136]) Der Schuldner kann, solange die Mitwirkung des Gläubigers noch nicht erfolgt ist, entweder garnicht mit seiner Leistung beginnen oder sie nicht zu Ende führen. Als Fall hiervon nennt das Gesetz besonders die Holschuld.[137]) Kommt der Gläubiger nicht zu dem Schuldner, so kann hier letzterer die ihm obliegende Tätigkeit wohl beginnen aber nicht zu Ende führen. Zwar könnte der Schuldner die geschuldete Sache dem Gläubiger hinbringen und ihn so in Verzug setzen. Dies ist aber ein Mehr an Leistung, wozu er nicht verpflichtet ist. Es genügt deshalb ein wörtliches Angebot, und der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er sich hierauf nicht beim Schuldner zur Empfangnahme der geschuldeten Sache einfindet. Findet er sich aber ein, so muß der Schuldner tatsächlich anbieten.[138]) Ein Fall, in dem ohne die vorherige Mitwirkung des Gläubigers die dem Schuldner obliegende Tätigkeit nicht

---

[134]) Vgl. oben S. 13.

[135]) Adler, S. 474 ff. und oben S. 3 ff.

[136]) Planck-S., § 295 Anm. 2; Warn., § 295, II.

[137]) Darüber, daß Rosenberg die Holschulden aus § 295 BGB. herausnimmt, unter § 294 BGB. bringt, vgl. oben S. 17 ff.

[138]) Planck-S., § 295 Anm. 2.

begonnen werden kann, ist z. B. gegeben, wenn der Gläubiger die Höhe seiner Forderung erst durch eine Verrechnung, die er dem Schuldner mitzuteilen hat, klarstellen muß. Da hier ein tatsächliches Angebot unmöglich ist, so genügt ein wörtliches.[139]) Hierher gehören auch der sog. Spezifikationskauf,[140]) der Kauf auf Abruf,[141]) ferner die Wahlschuld, bei der dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht.[142])

Nach einer Ansicht[143]) soll ein wörtliches Angebot zur Inverzugsetzung auch in den Fällen genügen, in denen zur Bewirkung der Leistung eine gleichzeitige Tätigkeit von Gläubiger und Schuldner erforderlich ist. Als Beispiel sei die Auflassung genannt, die bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß (§ 925 BGB.). Zum Angebot gehört hier, daß der Verkäufer dem Käufer den Auflassungstermin nennt und selbst im Termin erscheint. In der Ladung des Käufers, zusammen mit dem Erscheinen des Verkäufers vor dem Grundbuchamt, wird man eher ein tatsächliches Angebot erblicken als in der Ladung ein wörtliches Angebot und in dem Erscheinen des Verkäufers die Herstellung der Leistungsbereitschaft. Der lückenhafte § 295 BGB. steht dem nicht im Wege, wenn er von einer „Handlung des Gläubigers" spricht. Man kann ihn auf eine „Handlung vor" oder auf eine „Handlung vor oder gleichzeitig" mit der Schuldnertätigkeit ergänzen. Für jenes spricht aber das bessere Ergebnis für die Beweislastverteilung: denn nicht der Käufer hat das Nichterscheinen des Verkäufers zu beweisen, sondern der Verkäufer muß sein Erscheinen im Termin beweisen.[144])

§ 295 BGB. findet auch auf jene Fälle Anwendung, wo zunächst der Schuldner mit seiner Tätigkeit beginnen, dann aber der Gläubiger tätig werden muß, um das weitere Tun des Schuldners zu ermöglichen. Wer z. B. zu Dienstleistungen nach Anweisung des Gläubigers verpflichtet ist, muß sich bei letzterem einfinden und sich zur Dienstleistung bereit erklären. Der Gläubiger kann also erst dann in Verzug gesetzt werden, nachdem der Schuldner zunächst die ihm obliegenden Vorbereitungen getroffen hat und dann zu der Zeit, zu der die Handlung des Gläubigers zu bewirken war, wörtlich sein Leistungsvermögen anbietet.[145]) In dem Einfinden zur Entgegennahme der Anweisungen erblickt Planck ein tatsächliches Angebot, in der Bereiterklärung zur Leistung der Dienste ein wörtliches Angebot, so daß nach ihm wörtliches und tatsächliches Angebot nebeneinander vorkommen.

---

139) Erkenntnis des obersten Gerichtshofs f. Bayern (1. 4. 1878) in Seuff. Arch. 34 Nr. 102 S. 156.
140) Vgl. RGZ. 26 S. 213 ff.
141) RG. in JW. 04 S. 168 ff.
142) RG. in Seuff. Arch. 58 S. 434.
143) Planck, § 295 Anm. 2; Staudinger, § 295 Anm. 1.; Rosenberg, S. 187 ff.
144) Warneyer, § 295, II; Planck-S., § 295 Anm. 2a.
145) So Planck, 3. Aufl. § 295 Anm. 3; Oertmann, § 295 Anm. 1; anders Charmak, S. 27 ff., nach dem hier nur ein tatsächliches Angebot vorliegt.

Man hat gestritten, ob in allen Fällen des § 295 BGB. ein wörtliches Angebot notwendige Voraussetzung des Gläubigerverzugs sei. So ist denn vielfach[146]) behauptet worden, daß es keines Angebots bedürfe beim Werkvertrage, wenn die Kündigung des Bestellers eine ungerechtfertigte sei (vergl. § 649 BGB.), ferner bei grundlosen Entlassungen des Dienstpflichtigen durch den Dienstherrn (vergl. § 615 BGB.). OLG. Kassel und Oertmann führen zur Begründung an, daß in § 295 BGB. ein wörtliches Angebot „genüge", ob es aber erforderlich sei, sei von Fall zu Fall zu entscheiden. Der Schuldner brauche hier nicht eine nochmalige Zurückweisung seiner Dienste durch ein protestartiges Angebot herbeizuführen. Nach Kohler[147]) bedarf es deshalb keines Angebots, da in den genannten Fällen das Institut der Kündigung so durchaus üblich sei, daß, wer kündigt, sich der vollen Tragweite dieser rechtsgeschäftlichen Erklärung bewußt sein müsse, es also nicht zu unterstellen sei, daß die Aeußerung bloß momentane Anwandlung sei, oder, wenn sie es sei — dann müsse er seine Aeußerung gegen sich gelten lassen. Kohlers Begründung ist nicht zuzustimmen. Die Frage, ob eine Aeußerung eine ernstlich gemeinte Willenserklärung ist, muß stets zuerst geprüft werden, einerlei, ob es sich um eine Kündigung oder um eine sonstige nicht zugleich eine Kündigung darstellende Annahmeverweigerung handelt. Ist die Aeußerung eine solche, die als ernst genommen werden soll, so ist es unerheblich, ob sie „die Ausgeburt schlechter Stimmung und übler Laune" ist, da der Erklärende auch dann die Aeußerung gegen sich gelten lassen muß, wenn er sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. (§ 116 BGB.)[148]) Aber auch die Begründung, ein wörtliches Angebot „genüge", ob es aber notwendig sei, sei Tatfrage, greift nicht durch, da sie das Wort „genügt" unrichtig auslegt. Nach dem BGB. bedarf es, abgesehen von § 296 BGB., stets eines Angebotes, regelmäßig eines tatsächlichen. An dessen Stelle „genügt" ausnahmsweise ein wörtliches Angebot; wo dies aber nicht genügt, ist ein tatsächliches Angebot notwendig. Deshalb ist auch in den genannten Fällen (§§ 649, 615 BGB.) ein Angebot erforderlich.[149]) Auch kann in der bisherigen Dienstleistung des Schuldners keine „stillschweigende Realoblation" erblickt werden,[150]) da man auch in allen anderen Fällen des § 295 BGB. in der vorhergehenden Tätigkeit des Schuldners ein stillschweigendes Angebot erblicken könnte.

Bei den unter II behandelten Fällen steht dem wörtlichen Angebot die Aufforderung an den Gläubiger, die erforderliche Handlung vorzunehmen,

[146]) Kohler, Arch. S. 198, 249 ff.; Wolfenstein, S. 64; Römer, DJZ. 03 S. 381; OLG. Kassel in Seuff, Arch. 60 S. 202 Nr. 104; RG. JW. 09 S. 722; Oertmann, 3. u. 4. Aufl. § 295 Anm. 3; Warneyer, § 295, III. Dagegen Oertmann, Arch. S. 7 ff. und Komm. 5. Aufl. § 295 Anm. 3.

[147]) Kohler, Arch. S. 198.

[148]) Vgl. Romeick, S. 88 ff.

[149]) RGR. Komm., § 295, Anm. 1; Planck-Siber, § 295 Anm. 3; Leonhard, S. 574; Staudinger, § 295 Anm. 1a.

[150]) Enneccerus. § 280 Anm. 6; dagegen Planck-S. § 295 Anm. 3.

gleich (§ 295, Satz 2 BGB.), da in einer solchen Aufforderung zugleich das Angebot der Leistung nach Vornahme der Handlung durch den Gläubiger enthalten zu sein pflegt. Verfolgt allerdings die Aufforderung an den Gläubiger einen andern Zweck, so genügt sie nicht, um den Gläubiger in Verzug zu setzen.[151])

Wie das wörtliche Angebot, so ist auch die Aufforderung an den Gläubiger zur Vornahme der Handlung eine empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft, so daß die §§ 130 ff. BGB. hier zur Anwendung kommen.[152]) Dies ist zwar bestritten[153]): Da die Aufforderung, wie das wörtliche Angebot dem tatsächlichen Angebot wesensgleich und ebenso wie dieses Erfüllungshandlung sei, so soll die Aufforderung an den Gläubiger keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung und deshalb den §§ 130 ff. BGB. nicht (oder „mindestens nicht unmittelbar") unterworfen sein. Nach Oertmann[154]) besteht dagegen ein Wesensunterschied zwischen dem wörtlichen Angebot,[155]) das nach ihm Erfüllungshandlung ist, und der Aufforderung des § 295, Satz 2, die nach ihm eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist! Daß das wörtliche Angebot bzw. die Aufforderung an den Gläubiger etwas anderes, vom tatsächlichen Angebot wesentlich verschiedenes ist, werden wir im Teil III nachzuweisen haben.

Nach Zitelmann[156]) soll es dann keiner Aufforderung mehr bedürfen, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die erforderliche Handlung an einem kalendermäßig bestimmten Tage vornehmen werde. Aber auch in diesem Fall wird ein Angebot notwendig sein. Einmal ist kein Grund zu finden, weshalb ein Gläubiger, der die Handlung verspricht oder gar ihre Erfüllung versucht, schlechter dastehen soll als der Gläubiger, der überhaupt nichts tut und schweigt. Außerdem ergibt die Ankündigung der Handlung nicht, daß der Schuldner sie angefordert hat, und daß im Falle ihres Ausbleibens die Rechtsfolgen des Verzuges eintreten sollen.[157]) Dagegen kann es aber im einzelnen Falle so sein, daß in der Ankündigung der Handlung und deren stillschweigender Entgegennahme eine Vereinbarung über eine bestimmte Leistungszeit liegt, so daß nach ihrem erfolglosen Ablauf der Verzug nach § 296 BGB., also ohne Angebot, eintritt. Ferner soll es nach Zitelmann keines Angebots bedürfen, wenn der Gläubiger erklärt hat, er habe seine Handlung bereits vorgenommen. Wenn sich hier der Gläubiger später darauf berufen sollte, es habe noch einer Aufforderung zur Vornahme der Handlung be-

---

[151]) Staudinger, § 295 Anm. 2d; Planck-S., § 295 Anm. 2b.
[152]) So Oertmann, § 295 Anm. 2; Staudinger, § 295 Anm. 2d.
[153]) Planck-Siber, § 295 Anm. 3; Warn. § 295 Anm. III.
[154]) Oertmann, a. a. O. und § 294 Anm. 1.
[155]) Vgl. hierzu Planck, a. a. O.
[156]) Zitelmann, Selbstmahnung, S. 291 ff.
[157]) Staudinger, § 295, Anm. 2d.

durft, so widerspräche er damit seiner eigenen Erklärung.[158]) Das ist gewiß richtig, es hindert aber nicht, daß es Aufgabe des Schuldners ist, die Behauptung des Gläubigers, er habe seine Mitwirkungshandlung bereits vorgenommen, zurückzuweisen und ihn zur Vornahme der Mitwirkungshandlung aufzufordern. Das ergibt sich besonders klar dann, wenn es zweifelhaft ist, ob die Mitwirkung in geeigneter Weise erfolgt ist. Ein wörtliches Angebot wird gewiß nicht durch eine mißglückte Mitwirkungshandlung des Gläubigers entbehrlich gemacht, aber hierin wird meist die Behauptung des Gläubigers enthalten sein, daß er seine Handlung vorgenommen habe.

Da auf Seiten des Gläubigers eine Handlung vorgenommen werden muß, so kommt der Gläubiger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht durch das Angebot sofort in Verzug, sondern erst nach fruchtlosem Ablauf einer dem Einzelfall angemessenen Frist.[159]) Daß ein wörtliches Angebot allein nicht genügt, daß der Schuldner auch leistungsvermögend sein muß, haben wir schon oben[160]) ausgeführt.

§ 8. Wegfall des Angebots.

Wir haben gesehen, daß nach herrschender Lehre ein Angebot notwendige Voraussetzung des Gläubigerverzuges ist. Von diesem Prinzip hat man, wie wir eben sahen, in einigen wenigen Fällen Abstand nehmen und ein Angebot nicht für erforderlich erachten wollen; aber diese Versuche sind mißglückt. Dagegen enthält das Gesetz selbst eine wichtige Ausnahme vom Prinzip in § 296 BGB.: „Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt." Dieser Paragraph ist eine Ergänzung von § 295, Satz 1 BGB. zweiter Fall,[161]) wird also dann anwendbar, wenn der Gläubiger mit seiner Mitwirkungshandlung voranzugehen hat. Daß diejenigen Fälle ausscheiden, bei denen der Gläubiger nichts anderes zu tun hat, als die geschuldete Sache in Empfang zu nehmen, ergibt sich daraus, daß bei diesen Schuldverhältnissen Leistungsvermögen und tatsächliches Angebot zusammenfallen,[162]) das Leistungsvermögen, wie § 297 BGB. ergibt, aber auch bei den Fällen des § 296 BGB. vorliegen muß.

Der Gläubiger kommt also ohne jedes Angebot in Verzug, wenn für seine

[158]) Staudinger, a. a. O.; Planck-S., § 296.
[159]) Oertmann, § 295 Anm. 2 will dies ohne ersichtlichen Grund nur bei der Aufforderung in § 295 Satz 2 gelten lassen.
[160]) Vgl. oben S. 11 ff.
[161]) Staudinger, § 296 Vorbemerkung.
[162]) Vgl. oben S. 12.

Mitwirkung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, sei es unmittelbar oder mittelbar kraft vorangegangener Kündigung. Die Zeitbestimmung nach dem Kalender ersetzt also das Angebot oder die Aufforderung zur Vornahme der Mitwirkungshandlung. So kommen z. B. ohne weiteres der Schüler, der nicht zur festgesetzten Privatstunde erscheint, der Eisenbahnreisende, der den Zug versäumt, der Kranke, der sich nicht zur vereinbarten Zeit zur Vornahme der Operation einfindet, in Verzug. Hierher gehören namentlich die Leistungen aus Inhaber- und Orderpapieren. Diese Regelung entspricht der Bestimmung im Schuldnerverzug, § 284, Abs. 2 BGB. dem Satze: „dies interpellat pro homine", der als „gerechtes und billiges Äquivalent"[163]) auf den Gläubigerverzug übertragen worden ist.

Für die Bestimmung der Zeit genügt es nicht, daß sich das Datum irgendwie nach dem Kalender berechnen läßt; es muß sich vielmehr um ein Datum handeln, das sich der Gläubiger leicht merken kann, damit er durch den Eintritt des Datums an seine notwendige Mitwirkungshandlung erinnert wird. Diesem Zweck des Gesetzes wird einmal genügt, wenn die Bestimmung nach dem Kalender erfolgt, zum andern, wenn es sich um andere allgemein hervortretende Tage handelt, z. B. Reichsgründungsfeiern, nicht aber, wenn im Anschluß an Namenstage oder sonstige beliebige Ereignisse die Handlung des Gläubigers erfolgen soll.[164]) Gleichgültig ist, worauf die Zeitbestimmung für die Gläubigerhandlung zurückzuführen ist: auf Gesetz, auf Vertrag oder auf einseitige Bestimmung, wenn sie durch Vereinbarung oder Gesetz gestattet ist, so z. B. bei Inhaber- oder Orderpapieren, die an einem bestimmten Tag vorgelegt werden müssen.[165])

Wenn der Gläubiger die erforderliche Mitwirkungshandlung zur rechten Zeit ausführt, so bedarf es nunmehr eines Angebotes durch den Schuldner. Dies wird in der Regel ein tatsächliches Angebot sein, § 294 BGB.; liegen dagegen die Voraussetzungen des § 295 BGB. vor, z. B. wenn der Gläubiger nach Vornahme seiner Handlung erklärt, er werde die Leistung nicht annehmen, so bedarf es nur eines wörtlichen Angebots.[166]) Daß in allen Fällen ein wörtliches Angebot genüge,[167]) kann aus dem Gesetz nicht abgeleitet werden. Kommt der Gläubiger, um die geschuldete Sache beim Schuldner abzuholen, so muß sie übergeben, d. h. tatsächlich angeboten werden. Ebenso unrichtig ist es, stets ein tatsächliches Angebot zu verlangen.[168])

Daß auch in den Fällen des § 296 BGB. der Schuldner zur Leistung imstande sein muß (vergl. § 297 BGB.), war schon gesagt.

[163]) Motive II, S. 71.
[164]) Vgl. Leonhard, S. 514 ff.; RGZ. 103, S. 54; anders Planck-Siber, § 286, § 284 Anm. 6a.
[165]) Oertmann, § 296 Anm. 1; Planck-S. § 296.
[166]) Planck-S., a. a. O.; Staudinger, § 296 Anm. 3.
[167]) Schollmeyer, § 296 Anm. b.
[168]) Goldmann-L., S. 351.

Teil II: Das sogenannte tatsächliche Angebot: eine Anleistung.

§ 9. Gegner der herrschenden Lehre.

Wir haben gesehen, daß nach der herrschenden Lehre der Gläubigerverzug stets ein Angebot des Schuldners voraussetzt, und zwar regelmäßig ein „tatsächliches Angebot", in gewissen Fällen nur ein „wörtliches Angebot". Die herrschende Lehre, die auch im gemeinen Recht vorherrschend war, ist nicht ohne Widerspruch geblieben, insbesondere hat man sich gegen die Unterscheidung Real- und Verbalangebot gewandt, jedoch sind diese Stimmen sehr in der Minderheit geblieben.

Wie schon erwähnt,[169]) hat Kohler[170]) — allerdings nur für das gemeine Recht — das Erfordernis eines Angebots des Schuldners geleugnet. Nach ihm ist das Realangebot Erfüllungshandlung, nicht eine die Leistung anbietende Willenserklärung, die außerhalb der schuldnerischen konkreten Leistung liegt. Ein Verbalangebot sei „ein purer leerer Luxus" und könne als ein Mehr der Leistung bzw. der Leistungsbereitschaft[171]) nicht dem Schuldner auferlegt werden. Für das BGB. hat aber Kohler[172]) seine Ansicht im Sinne der herrschenden Lehre geändert.

Gegen die herrschende Lehre hat sich besonders auch Rosenberg[173]) gewandt, der die Unterscheidung zwischen tatsächlichem und wörtlichem Angebot als unlogisch und daher fehlerhaft ablehnt, weil der Umfang der Leistungsbereitschaft mit der Art des Angebots verwechselt werde, und der an ihre Stelle das Angebot tatsächlicher Leistungsbereitschaft und das Angebot einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft setzen will. Daß diese Ansicht unrichtig ist, war bereits dargetan.

Neuerdings hat sich auch Schenker[174]) gegen die herrschende Lehre gewandt und ihr folgende Ansicht entgegengestellt, die zwar in erster Linie für das Schweizerrecht, aber auch offenbar für deutsches Recht gelten soll. Das sog. Realangebot ist nach ihm keine außerhalb der Leistung liegende Willenserklärung, kein Angebot der Erfüllung, sondern ist selbst Erfüllungshandlung. Deshalb sei es unrichtig, im tatsächlichen Erfüllungsangebot einen besonderen Rechtsbegriff zu erblicken.[175]) Schenker folgt also insoweit der Auffassung Kohlers, die dieser für das gemeine Recht aufgestellt hatte. Ein wört-

---

[169]) Vgl. oben S. 15.
[170]) Jherings Jahrb., S. 400 ff.; ebenso v. Schey, S. 108 ff.; Kornfeld, S. 17 ff.
[171]) Jahrb. S. 404.
[172]) Kohler, Arch. S. 195.
[173]) Rosenberg, Jahrb. S. 150 ff. Zustimmend Endemann, S. 787 Anm. 10.
[174]) Schenker, Jahrb. S. 141 ff.
[175]) Jahrb. S. 162 ff.

liches Angebot verwirft Schenker als formale Voraussetzung des Gläubigerverzuges. Ist der Schuldner schon beim Vertragsschlusse leistungsbereit, so bedarf es nach seiner Ansicht keiner weiteren Tätigkeit des Schuldners mehr, seinen Leistungswillen dem Gläubiger zu dokumentieren. Ebenfalls soll kein Angebot, auch kein wörtliches erforderlich sein, wenn der Gläubiger von vornherein die Mitwirkung verweigert habe.[176]) Es bleiben für das sog. wörtliche Angebot nur noch diejenigen Fälle, bei denen der Schuldner beim Vertragsschluß noch nicht leistungsbereit ist, seine Erfüllungsbereitschaft dem Gläubiger nicht ohne weiteres erkennbar ist. In diesen Fällen bedarf es nach Schenker nur einer bloßen Mitteilung, einer „Bereitschaftsanzeige", aber nicht eines Angebots der Erfüllung oder gar einer Mahnung.[177])

Dieser Ansicht kann, wie wir in Folgendem zeigen werden, nur insofern zugestimmt werden, als das tatsächliche Angebot keine Willenserklärung darstellt. Dagegen setzt sich Schenker in klaren Widerspruch zu der Bestimmung des § 295 BGB., wenn er für den Fall der Leistungsbereitschaft zur Zeit des Vertragsabschlusses und bei der sog. Annahmeweigerung von vornherein ein wörtliches Angebot nicht für erforderlich erachtet.[178]) Zu Unrecht beruft sich Schenker[179]) auf Kohler.[180]) Nach ihm soll ein Verbalangebot zwar praktisch zweckmäßig, aber nicht notwendig sein. Jedoch hat Kohler[181]) selbst diese für das gemeine Recht aufgestellte Ansicht für das BGB. geändert und ein Verbalangebot für erforderlich erachtet. Daß es in diesen Fällen noch eines „Verbalangebotes" bedarf, kann im Hinblick auf den klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 295 BGB.) nicht bestritten werden. Der Streit dreht sich vielmehr nur darum, was darunter zu verstehen ist. Daß in den noch verbleibenden Fällen eine „Bereitschaftsanzeige" nicht ausreichend ist, werden wir im Teil III noch auszuführen haben.

Die eben aufgeführten Ansichten sind also nicht geeignet, die herrschende Lehre richtig zu stellen. Aber einer solchen Richtigstellung bedarf es dennoch, da die Lehre, daß beim Gläubigerverzug stets ein Angebot des Schuldners vorliegen müsse, unseres Ermessens nicht haltbar ist. Wir haben schon gesehen, daß in manchen Fällen gar kein Angebot zur Inverzugsetzung notwendig ist. So hat einmal das Gesetz bestimmt, daß es keines Angebots bedarf, wenn für die Mitwirkungshandlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 296 BGB.[182]); zum anderen hat auch die herrschende Lehre selbst Ausnahmefälle aufgestellt, bei denen es eines Angebots nicht bedürfen soll. So bei grundlosen Entlassungen des Dienstpflichtigen, bei unge-

---

[176]) a. a. O. S. 192 ff.
[177]) a. a. O. S. 166 ff.; gegen eine Mahnung besonders auch Kornfeld, S. 37.
[178]) Leonhard, S. 570.
[179]) Schenker, S. 176 Anm. 1.
[180]) Kohler, Jahrb. S. 403 ff.
[181]) Kohler, Arch. S. 195 ff.
[182]) Vgl. oben S. 31 ff.

rechtfertigter Kündigung des Bestellers beim Werkvertrag, ferner wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die erforderliche Handlung an einem kalendermäßig bestimmten Tage vornehmen werde, oder, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er seine Handlung bereits vorgenommen habe.[183]) Davon abgesehen sind unseres Ermessens insbesondere die Begriffe des tatsächlichen und des wörtlichen Angebots zu verwerfen. Unter dem ersteren ist vielmehr eine Anleistung,[184]) wie es Kohler bereits für das gemeine Recht im Gegensatz zum BGB. angedeutet hat, zu verstehen, unter dem sog. wörtlichen Angebot dagegen eine Mahnung. Wir vermeiden zugleich die Gefahr, diese beiden wesensverschiedenen Begriffe unter einen gemeinsamen Oberbegriff entsprechend dem Oberbegriff „Angebot" der herrschenden Lehre zu bringen, wie es mit vieler Mühe und nicht ohne Künstelei versucht worden ist.[185])

§ 10. Das tatsächliche Angebot keine Erklärung, sondern Beginn der schuldnerischen Leistung.

Das sog. Realangebot ist keine Erklärung der Leistungsbereitschaft, die als besondere Willenserklärung außerhalb der konkreten Leistung der Schuldner steht, — das Realangebot ist gar kein besonderer Rechtsbegriff: es ist vielmehr nur ein Teil, und zwar der Beginn der schuldnerischen Leistung[186]). Die herrschende Lehre[187]) führt ganz richtig aus, daß zum sog. Realangebot die gesamte Tätigkeit des Schuldners bis zur Annahme bzw. bis zur sonstigen Mitwirkung des Gläubigers gehört. Wenn nun aber in allen Fällen das Realangebot eine Willenserklärung sein soll, so ist das unrichtig. Gewiß enthält in vielen Fällen das Realangebot eine Willenserklärung, so wenn es sich überhaupt um die Abgabe von Willenserklärungen, die an den Gläubiger zu richten sind, handelt; z. B. beim Antrag zur Uebereignung der angebotenen Sache. Dies ist aber nicht notwendigerweise der Fall und ist es z. B. nicht bei der bloßen Besitzrückgabe und bei Arbeitsleistungen[188]). Man kann also nicht mehr sagen, als daß von Fall zu Fall geprüft werden muß, ob es einer Erklärung bedarf, insbesondere aber, ob der Schuldner neben der Anleistung, dem Beginn der schuldnerischen Tätigkeit, noch eine besondere Mitteilung hiervon an den Gläubiger richten muß. So muß z. B. der Schuldner die Leistung eine angemessene Zeit vorher ankündigen, wenn eine Leistungszeit nicht bestimmt ist, oder der Schuldner berechtigt ist, vor der bestellten Zeit zu

---

183) Vgl. oben S. 29 ff.
184) Leonhard, Schuldrecht, S. 569 ff.; Lehrb. S. 67.
185) Vgl.oben S. 14 ff.; insbes. S. 15 ff.
186) Leonhard, S. 569ff.; vgl. Kohler, Jahrb. 400 ff. u. Arch. S. 193 ff.; Schenker, S. 162 ff.
187) Vgl. oben S. 20 ff.
188) Vgl. Planck-S., § 294 Anm. 2.

leisten (§ 299 BGB.), er muß also erklären, daß er seine Leistung zu bewirken gedenkt. Hier fallen demnach die Anzeige der Leistungsbereitschaft und das sog. Realangebot auseinander. Hier muß also der Schuldner ein Mehr als lediglich den Leistungsakt vornehmen. Ergab sich im Falle des § 299 BGB. die Mitteilung von der bevorstehenden Anleistung aus einem äußerlichen Moment (der Schuldner leistet vor Fälligkeit), so ergibt sich in anderen Fällen das Erfordernis einer Mitteilung der Anleistung aus der Natur der Schuld. Der Schuldner, der die geschuldete Erklärung abgibt, teilt hierdurch die Anleistung dem Gläubiger mit, zugleich leistet er auch. Dieses ergibt sich eben aus der Natur dieses Schuldverhältnisses.

Oder nehmen wir den Fall der Bringschuld: Der Schuldner kommt zum Gläubiger und bietet ihm den Leistungsgegenstand an. Hierdurch gibt einmal der Schuldner sein Leistungsvermögen kund, zugleich aber leistet er. Genauer ausgedrückt: er beginnt mit seiner Leistung, da er ja ohne Mitwirkung des Gläubigers, die Annahme in diesem Fall, seine Leistung, hier also die Uebergabe des Schuldgegenstandes, nicht zu Ende führen kann. Wenn hier nun der Schuldner die Sache dem Gläubiger anbietet, so tut er es deshalb, weil er dazu verpflichtet ist, genauer, weil die Erfüllung im vorliegenden Fall eine Tradition voraussetzt. Wir sehen also auch hier, daß das sog. Realangebot keine besondere, außerhalb der konkreten Leistung liegende Willenserklärung ist, mit dem Inhalt, daß der Schuldner dem Gläubiger den Leistungsgegenstand anbietet. Das sog. Realangebot ist vielmehr eine Erfüllungshandlung wie andere Erfüllungshandlungen auch, ist der Beginn der schuldnerischen Leistung. Wenn hier aber die herrschende Lehre begrifflich von dem Leistungsakt, dem Darreichen des Leistungsgegenstandes, die Erklärung der Leistungsbereitschaft, die dann doch wieder durch das tatsächliche Darreichen erklärt wird, trennen und als besonderen Rechtsbegriff, etwa als einen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftsakt[189]) aufstellen will, so ist das verfehlt. So sagt denn Schenker[190]) mit Recht: „Wer erfüllt, bietet logischerweise nicht erst die Erfüllung an".

Folgerichtig wäre es, wenn die herrschende Lehre sagen würde: Das tatsächliche Angebot besteht nicht in dem tatsächlichen Darreichen des Leistungsgegenstandes, vielmehr in der Mitteilung des Schuldners, daß er die geschuldete Sache bei sich habe und, daß er willens sei, die Uebergabe und damit die Erfüllung des Schuldverhältnisses zu vollziehen. Auf diese Weise allein könnte das sog. Realangebot als besonderer Rechtsbegriff, als eine zur Inverzugsetzung bestimmte Willenserklärung gerechtfertigt werden[191]). So gefolgert, bliebe aber kein tatsächliches Angebot übrig, sondern ein wörtliches und

[189]) Rosenberg, S. 157; Staudinger, § 294 Anm. 3; vgl. die Angaben bei Breit, S. 230.

[190]) Schenker, a. a. O. S. 162.

[191]) Vgl. Planck-S., § 293, Anm. 1b und Schenker, S. 163.

zwar eines, das in allen Fällen inhaltsgleich wäre. Erklärt z. B. bei der Holschuld (§ 295 BGB.) der Schuldner dem Gläubiger, daß er den Leistungsgegenstand bereit habe und daß er willens sei, die Uebergabe und damit die Erfüllung des Schuldverhältnisses zu vollziehen, — so würde sich dieses Angebot von dem bei der Bringschuld in keiner Weise unterscheiden. Da der Schuldner in beiden Fällen diese zur Inverzugsetzung bestimmte Erklärung abgeben könnte, auch ohne daß er den Leistungsgegenstand zur Verfügung hat, so ergibt sich daraus sehr klar, daß man hier von einem „tatsächlichen" Angebot nicht sprechen kann. Man wäre damit auch bei der von der herrschenden Lehre abgelehnten Ansicht Rosenbergs[192]) angelangt, nach der zur Inverzugsetzung ein in allen Fällen inhaltsgleiches Angebot und daneben in den Fällen des § 294 BGB.[193]) eine tatsächliche Leistungsbereitschaft, in den Fällen des § 295 BGB aber nur das „Angebot einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft" erforderlich ist.

Abgesehen davon, daß das sog. Realangebot keine besondere Rechtsfigur ist, so ist auch der Ausdruck „Angebot", den das Gesetz und die herrschende Lehre stets gebrauchen, recht unzulänglich und irreführend. Man ist wohl zu dem Ausdruck aus Ueberschätzung des sich beim Gläubiger abspielenden eigentlichen Angebotsaktes gekommen[194]). Denken wir aber nicht an die Bringschuld, sondern an die Fälle der sog. Schickschuld, an den Versendungskauf, so sehen wir gleich, daß der Ausdruck „Angebot" hier nicht recht passen will. Denn die Absendung unter richtiger Adresse[195]) bzw. die Auslieferung an einen geeigneten Spediteur[196]) kann man schlecht als „Angebot" bezeichnen. Daß demzufolge auch der Ausdruck „Annahme" auf Seiten des Gläubigers unzutreffend ist, haben wir bereits gesehen[197]). Man denke z. B. nur daran, daß es zu den Gläubigerobliegenheiten gehört, die zur Errichtung eines Baues notwendigen Steine zu liefern und auf den Bauplatz zu fahren.

Dafür, daß eine Mitteilung der Anleistung nicht stets erforderlich ist, daß somit das Realangebot keine Willenserklärung ist, spricht auch, daß das Gesetz entweder ein Realangebot (§ 294 BGB.) oder ein Verbalangebot (§ 295 BGB.) zur Inverzugsetzung verlangt, aber nicht beide nebeneinander. Ergibt sich aus dem jeweiligen Rechtsgeschäft (z. B. Eigentumsübertragung) die Notwendigkeit der Erklärung der Anleistung, so wäre es überflüssig, daneben noch ein besonderes wörtliches Angebot zu verlangen. In den anderen Fällen (z. B. bei tatsächlichen Leistungen) ginge es über die Vertragspflichten hinaus, den Schuldner noch mit einer besonderen Mitteilung der Anleistung zu beschweren, — wenigstens wenn die Leistungszeit vorher bestimmt ist

---

192) Vgl. oben S. 17 ff.
193) Allerdings auch bei der Holschuld.
194) Vgl. Oertmann, § 294 Anm. 4.
195) Staudinger, § 294 Anm. 2.
196) RG. in JW. 1925 S. 107 Nr. 11; dagegen Staudinger, a. a. O.
197) Vgl. oben S. 3 ff.

(§ 299 BGB.). Erst wenn keinerlei Anleistung auf Seiten des Schuldners vorliegt, ist ein „wörtliches Angebot" erforderlich, insbesondere wenn der Gläubiger auch ohne Anleistung des Schuldners mit seiner Mitwirkungshandlung vorauszugehen hat (§ 295 BGB.[198])

Wenn § 294 sagt, die Leistung müsse dem G l ä u b i g e r angeboten werden, so scheint das zwar dafür zu sprechen, daß das Realangebot eine Willenserklärung, und zwar eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei. Aber die Worte des Gesetzes sind untechnisch und nicht wie die Worte „einem anderen gegenüber" im § 130 BGB. im strengen Sinne einer empfangsbedürftigen Willenserklärung zu verstehen. Es genügt vielmehr, daß das „Realangebot" sinngemäß in der allgemeinen Richtung auf den Gläubiger bzw. dessen Vertreter hin[199]) erfolgt, so daß z. B. ein ordnungsmäßiges Realangebot vorliegt, wenn der Schuldner mit dem Leistungsgegenstand vor das Haus des Gläubigers kommt, und dies verschlossen vorfindet. Hier ist die allgemeine Richtung auf den Gläubiger eingehalten, wenn die Anleistung auch nicht an den Gläubiger gelangt ist[200]). Ebenso genügt es, wenn bei Schickschulden die Sendung den Gläubiger nicht erreicht und als unbestellbar zurückkommt[201]).

Wir haben gesehen[202]), daß von Fall zu Fall geprüft werden muß, ob es einer Erklärung der Anleistung bedarf, sei es, daß dies sich aus der Natur der schuldnerischen Leistung ergibt, so z. B. bei Willenserklärungen, sei es, daß der Schuldner aus anderen Gründen, z. B. wenn die Leistungszeit nicht bestimmt ist (§ 299 BGB.), dazu verpflichtet ist. Hierher gehört auch folgender Fall[203]): Der Schuldner, der mit der geschuldeten Sache beim Gläubiger erscheint, wird dies in der Regel mit einigen Worten über den Zweck seines Besuches aufklären müssen. Wenn der Schuldner mit dem Geld in der Tasche zum Gläubiger kommt und ihm erklärt, er habe das Geld bei sich und wolle zahlen, so ist das eine genügende Anleistung. Mehr kann von dem Schuldner billigerweise nicht verlangt werden. Es gehört nunmehr zu den Obliegenheiten des Gläubigers, zu erklären, daß er bereit sei, das Geld in Empfang zu nehmen. Zu dem Ergebnis kommt auch das Reichsgericht[204]), jedoch hat es mit großen Schwierigkeiten, verursacht durch die Lehre vom Angebot, zu kämpfen. Die Begründung des Reichsgerichts ist für die herrschende Lehre so charak-

[198]) Vgl. Leonhard, a. a. O.
[199]) Vgl. hierzu unten S. 47 ff.
[200]) Leonhard, S. 569 ff.; Oertmann, Arch. S. 9 ff. und § 294 Anm. 5; § 295 Anm. 1a; Planck-S., § 294 Anm. 2.
[201]) Planck-S. a. a. O.
[202]) Vgl. oben S. 35 ff.
[203]) Schenker, S. 163 und RGZ. 85 S. 415 ff. mit Kritik von Schenker, S. 164 ff. und Leonhard, S. 572.
[204]) RGZ. a. a. O.

teristisch, daß sie — wenigstens im entscheidenden Teil — wörtlich angeführt sei: „Nach § 294 BGB. muß die Leistung, wenn der Gläubiger in Verzug gesetzt werden soll, so wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Das tatsächliche Angebot muß so erfolgen, daß der Gläubiger nichts weiter zu tun braucht, als zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen. Dazu genügte es nicht, daß der Beklagte das Geld bei sich trug. Es war aber andererseits auch nicht, wie die Revision meint, notwendig, daß er das Geld aus der Tasche hervorholte. Er mußte nur durch sein Verhalten gegenüber demjenigen, der das Geld empfangen sollte, deutlich zum Ausdruck bringen, daß er das Geld bei sich habe, um es im Falle der Zustimmung sofort auszuhändigen. Das Berufungsgericht erachtet aber auf Grund der Aussage des Ne. als erwiesen, daß dieser, als er die Annahme ablehnte, keinen Zweifel daran hegte, daß der Beklagte das Geld bei sich habe. War letzteres, wie durch die Eidesleistung festgestellt werden soll, richtig, so lag ein tatsächliches Angebot im Sinne des § 294 BGB. vor . . .“

Das Reichsgericht verkennt vor allem, daß hier die Inverzugsetzung durch eine wörtliche Erklärung erfolgt. Einerseits braucht der Schuldner das Geld nicht aus seiner Tasche hervorzuholen und dem Gläubiger darzureichen, andererseits soll der Schuldner „durch sein Verhalten deutlich zum Ausdruck bringen“, daß er das Geld bei sich habe. Da ein auf die Tasche klopfen oder ein Klingeln mit dem Geld den Gläubiger über den Zweck des Kommens nicht aufklären wird, so bleibt dem Schuldner nichts anderes übrig, als dem Gläubiger zu sagen, daß er das geschuldete Geld bei sich habe. Das ist aber eine wörtliche Erklärung, kein „tatsächliches“ Angebot. Ferner: Der Gläubiger soll nichts weiter zu tun haben, als zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen. In Wahrheit muß aber der Gläubiger zuvor erklären, daß er bereit sei, das Geld in Empfang zu nehmen (vgl. „im Falle der Zustimmung“). Das ist widerspruchsvoll[205]).

Wir sehen also, welchen Schwierigkeiten die herrschende Lehre begegnet, im vorliegenden Fall ein tatsächliches Angebot herauszukonstruieren. Viel einfacher und unseres Ermessens richtiger ergibt sich die Lösung im vorliegenden Fall von unserem Standpunkt aus, daß der Schuldner nichts anderes tut, als daß er mit seiner Leistung beginnt und sie soweit fortführt, soweit er es vermag bzw. soweit es ihm zuzumuten ist[206]), also bis der Gläubiger an die Reihe kommt. Der Schuldner begibt sich zum Gläubiger, er klärt letzteren über den Zweck seines Kommens auf, wodurch der erforderliche Kontakt mit dem Gläubiger hergestellt wird. Soweit die Anleistung des Schuldners[207]).

---

205) Aehnliche Widersprüche enthält RGZ. 106 S. 91; vgl. daselbst und die Kritik von Schenker, S. 165 ff.
206) Vgl. § 298 BGB.; vgl. auch Planck-S., § 293 Anm. 1b.
207) Vgl. Leonhard, S. 569; Schenker, S. 163.

4

An dem Gläubiger liegt es nun, seine Zustimmung zu erklären[208]). Tut er dies nicht, so kommt er in Verzug[209]).

Wenn das Angebot eine Erklärung der Leistungsbereitschaft wäre, so vermag die herrschende Lehre kaum zu erklären, weshalb eine bloße Erklärung nicht genügt, um den Gläubiger in Verzug zu setzen[210]). Aus dem Gesetze (vgl. § 294 BGB. „so wie sie zu bewirken ist, tatsächlich") geht klar hervor, daß es der Schuldner bei bloßen Worten nicht bewenden lassen kann. Das wird auch von der herrschenden Lehre nicht in Zweifel gezogen, und etwa so begründet: „Worte sind wohlfeil und oft täuschend; nicht selten legen es böswillige Schuldner darauf an, durch vergebliche Erfüllungsbereitschaft den Gläubiger wenigstens scheinbar in Verzug zu setzen, um hierdurch eine günstige Rechtslage für sich zu gewinnen".[211]) Hier ist also neben die Erklärung die Erfüllungs- und Leistungsbereitschaft als zweite Voraussetzung des Gläubigerverzuges[212]). Dieser Begriff ist aber, wie wir bereits gesehen haben[213]), nicht eindeutig und kann einmal dahin verstanden werden, daß der Schuldner objektiv zur Leistung bereit ist, zum anderen kann Erfüllungsbereitschaft auch heißen, daß der Schuldner subjektiv zur Leistung bereit ist, das er willens ist zu erfüllen. Der Begriff ist also unbrauchbar, umsomehr weil die herrschende Lehre nicht sagt, wann sie den Begriff in dem einen oder anderen Sinne gebraucht. Aber abgesehen hiervon und zunächst auch abgesehen von § 295 BGB., wo offensichtlich eine Erklärung (ein „wörtliches Angebot") genügt, genügt auch innerhalb § 294 BGB., also beim „tatsächlichen" Angebot eine Erklärung, dann, wenn die Abgabe von Erklärungen geschuldet wird. Wie kann man aus dem Begriff des Angebots diese Einschränkung erklären? Man sagt, das Angebot habe so zu erfolgen, wie die Leistung zu bewirken sei, d. h. „daß der Schuldner diejenige Tätigkeit entwickelt, welche das Schuldverhältnis ihm vorschreibt, und die zur Erfüllung der Obligation führt"[214]). Was ist das aber anderes als der Beginn der schuldnerischen Leistung? Und wer leistet, bietet nicht die Leistung an[215]). In der Tat läßt sich nur so die Einschränkung erklären. Ist der Inhalt der schuldnerischen Ver-

---

208) Leonhard, S. 572.

209) Nach Leonhard, a. a. O. bedarf es allerdings noch einer Aufforderung durch den Schuldner. In § 295 BGB. ist aber unter der Mitwirkungshandlung des Gläubigers eine solche zu verstehen, die über die Annahme der angebotenen Leistung hinausgeht (vgl. oben S. 27 ff. und Tempel S. 86). Das ist hier nicht der Fall; denn auch im § 294 BGB. wird der Gläubiger regelmäßig seine Annahmebereitschaft erklären, sei es ausdrücklich od. durch stillschw. Annahme der Leistung; Wie oben im Ergebnis auch Schenker, S. 165; RGZ. 85. S. 416; Oertmann, § 294 Anm. 2; Crome, S. 150. u. a.

210) Leonhard, S. 571 ff.

211) Dernburg, Bürgerliches Recht, S. 165.

212) Vgl. oben S. 11 ff.

213) Vgl. oben S. 19 u. Schenker, S. 152 ff.

214) Mot. II zu § 255 S. 369/370; vgl. Staudinger, § 294 Anm. 2.

215) Schenker, S. 162 und vgl. oben S. 36.

pflichtung die Abgabe einer Erklärung, so muß sie der Schuldner gemäß seiner Schuldverpflichtung bewirken, schuldet er dagegen eine Handlung, so muß er sie gemäß seiner Schuldverpflichtung bewirken, in beiden Fällen soweit es ihm ohne Mitwirkung des Gläubigers möglich ist. Versteht man also unter dem Realangebot eine Anleistung, so erklärt sich hieraus unschwer und folgerichtig diese Einschränkung.

Wir haben also gesehen, daß der Schuldner die Anleistung stets soweit fördern muß, bis der Gläubiger an die Reihe kommt. Daraus folgt, daß es keiner Anleistung bedarf, wenn der Gläubiger zuerst an der Reihe ist, d. h. mit seiner Mitwirkungshandlung vorangehen muß. Von diesem Ausgangspunkt aus läßt sich auch leicht erklären, weshalb in § 295 BGB. eine bloße Erklärung zur Inverzugsetzung des Gläubigers genügt[216]). Hat der Gläubiger mit seiner Handlung voranzugehen und tut er es nicht (§ 295 BGB., 2. Alternative), so bedarf es nur einer Erklärung zur Inverzugsetzung einfach aus dem Grunde, weil die Anleistung des Schuldners ohne voraufgegangene Tätigkeit des Gläubigers unmöglich ist und also nicht von dem Schuldner verlangt werden kann. Wir sehen so aber auch, weshalb das Gesetz den Fall der Holschuld noch besonders hervorhebt. Dies ist keine müßige Wiederholung[217]). Es geschieht auch nicht deshalb, um ein Beispiel zu nennen[218]), das vielleicht wichtig und häufig sein mag, sondern deshalb, weil der Fall der Holschuld hier eine Ausnahme ist und auch als solche von dem Gesetz behandelt wird[219]). War es in den vorigen Fällen, die die Regel bilden, dem Schuldner unmöglich, überhaupt mit der schuldnerischen Leistung ohne vorangegangene Gläubigerhandlung zu beginnen, so ist dies bei der Holschuld dem Schuldner sehr wohl möglich. Der Schuldner kann die abzuholende Sache fertigstellen, ja, er könnte sie sogar dem Gläubiger bringen. Hierdurch unterscheidet sich also der Tatbestand der Holschuld von dem der anderen Fälle und mußte deshalb als Ausnahme besonders im Gesetz angeführt werden. Also trotz der Möglichkeit der Anleistung genügt auch hier ein „wörtliches Angebot".

Andererseits findet der Grundsatz des § 295 BGB.: einer Anleistung bedarf es nicht, wenn der Gläubiger mit seiner Mitwirkungshandlung vorangehen muß, nicht nur auf die im Gesetz genannten Fälle Anwendung, sondern § 295 BGB. ist auch auf verwandte Fälle auszudehnen. So gilt denn § 295 BGB. auch, wenn zunächst der Schuldner tätig werden muß, dann der Gläubiger mit seiner Handlung eingreifen und dadurch die weitere Tätigkeit des Schuldners ermöglichen soll. Z. B. der Lehrling findet sich beim Meister ein, dieser gibt ihm Anweisungen, wonach erst der Lehrling seine Arbeiten

---

216) Leonhard, S. 571 ff.
217) So Rosenberg, S. 156.
218) So z. B. Staudinger, § 295 Anm. 1b; vgl. auch Munk, S. 65.
219) Leonhard, S. 229 und S. 573.

vornehmen kann. Daß hier der Schuldner neben dem Verbalangebot die vorbereitenden Handlungen treffen muß, ergibt sich wiederum leicht von unserem Standpunkt, daß der Schuldner die Anleistung soweit fördern muß, bis das Stichwort für das Eingreifen des Gläubigers gegeben ist. Dies geschieht hier dadurch, daß der Lehrling sich bei seinem Meister einfindet und sich mündlich zum Antritt seines Dienstes bereit erklärt. Aehnlich muß der Schuldner, der Baumstämme an einen bestimmten Ort gebracht hat, den Gläubiger mündlich zum Abholen auffordern[220]).

Aehnlich wie bei der zweiten Alternative des § 295 BGB. verhält es sich auch bei der ersten Alternative, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Es können nämlich auch nach dem Abschluß des Vertrages Hemmnisse eintreten, die zunächst der Gläubiger zu beseitigen hat, bevor der Schuldner seine Anleistung machen muß. Verweigert z. B. der Dritte, an den der Schuldner zu leisten hat, seine erforderliche Mitwirkung, so muß der Gläubiger zuvor dies Hindernis beseitigen[221]). Ebenso liegt der Fall, wenn der Gläubiger selbst erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Hier muß erst der Gläubiger das Leistungshindernis, seine Erklärung der Annahmeverweigerung, beseitigen, indem er sie zurücknimmt, bevor der Schuldner mit seiner Anleistung zu beginnen hat.

Ergab sich von unserem Standpunkt aus leicht die Erklärung für die gesetzliche Regelung des § 295 BGB., so kann andererseits die herrschende Lehre, selbst unter Zuhilfenahme des mehrdeutigen Begriffs der Erfüllungs- oder Leistungsbereitschaft[222]), schwer erklären, weshalb in § 295 BGB. eine Erklärung des Schuldners zur Inverzugsetzung ausreicht; insbesondere nicht, weshalb das Gesetz den Fall der Holschuld noch besonders hervorhebt, was man sogar „als müßige Wiederholung ohne Bedenken" streichen zu können glaubt[223]). Ferner kann die herrschende Lehre nicht begründen, weshalb in den verwandten Fällen, auf die die Vorschriften des § 295 BGB. auszudehnen sind, eine Erklärung allein nicht genügt, sondern weshalb daneben der Schuldner die ihn treffenden Vorbereitungshandlungen vornehmen muß.

Wir haben oben gesehen[224]), daß von Fall zu Fall zu prüfen ist, ob es einer Mitteilung der Anleistung bedarf. Ergibt sich nun, daß es nach dem Inhalt der Schuld einer solchen Mitteilung an den Gläubiger bedarf, so ist sie nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung aufzufassen[225]). Es bedarf einmal keiner Geschäftsfähigkeit. Sind tatsächliche Handlungen geschuldet, z. B. Dienstleistungen, Besitzaufgabe durch körperliche Uebergabe, so können sie von einem geschäftsunfähigen Schuldner, z. B. einem geisteskranken Arbeiter,

---

220) Leonhard, S. 572.
221) Planck-S., § 295 Anm. 2a.
222) Vgl. oben S. 40.
223) Rosenberg, S. 156.
224) Vgl. oben S. 35 ff.
225) Leonhard, S. 570 ff.

einem Kind ausgeführt werden. Da das sog. Realangebot nichts anderes als der Beginn der schuldnerischen Leistung ist, so könne die tatsächlichen Handlungen auch von Geschäftsunfähigen „angeboten" werden. Ergibt sich, daß hierbei Mitteilungen an den Gläubiger notwendig sind, so können die erforderlichen Anzeigen auch von Geschäftsunfähigen vorgenommen werden. Es ist kein Grund zu finden, weshalb für diese Mitteilungen, die an Bedeutung der eigentlichen Leistung nachstehen, stärkere Erfordernisse gestellt werden sollen als an die eigentliche Leistung. Weiterhin ist es nicht erforderlich, daß der Gläubiger gerade von dem Schuldner die Kenntnis von der Anzeige erhält[226]). Erfährt z. B. der Gläubiger durch einen Mitfahrenden, daß der Omnibus wegen Straßensperrung heute nicht vom Platz A. abfährt, sondern von der Straßenecke B., so kommt der Gläubiger in Verzug und muß den bestellten Platz bezahlen (§ 324, II BGB.), wenn er sich trotzdem nicht an der Straßenecke B. einfindet. Der Gläubiger kann sich hier nicht darauf berufen, daß er die Anzeige von einem Dritten, nicht aber von dem S c h u l d n e r erfahren habe, daß er dessen Anzeige in der Zeitung nicht habe lesen können. Das wäre formalistisch gedacht und höchst unbillig. Endlich bedarf es der im allgemeinen gebotenen Anzeige dann nicht, wenn sie untunlich ist. Dies wird besonders praktisch, wenn der Gläubiger am Vollzugsort nicht anwesend ist und keinen Vertreter hinterlassen hat. Wenn hier der Schuldner mit dem Leistungsgegenstand vor das Haus des Gläubigers fährt und dieses verschlossen vorfindet, so kommt der Gläubiger dadurch in Verzug. Einer besonderen Mitteilung der Anleistung bedarf es hier nicht mehr[227]). Voraussetzung ist aber, daß die Leistungszeit vorher bestimmt war (§ 299 BGB.), da sonst der Schuldner eine ihm obliegende Ankündigungspflicht versäumt hat[228]). Daß der Wortlaut des Gesetzes („Die Leistung muß dem G l ä u b i g e r . . . angeboten werden", § 294 BGB.) nicht entgegensteht, daß hierdurch nur die allgemeine Richtung auf den Gläubiger hin angedeutet werden soll, haben wir bereits gesehen[229]). Diese Regelung empfiehlt sich umsomehr, da die Gegenansicht[230]) zu einem für den Schuldner recht nachteiligen Ergebnis kommt. Nach ihr muß der Schuldner das umständliche und langwierige Verfahren der öffentlichen Zustellung auf sich nehmen, dessen Kosten ihm dazu

---

226) Leonhard, S. 227 ff.

227) Leonhard, S. 571; im Ergebnis Planck-S., § 294 Anm. 2; Oertmann, § 294 Anm. 5; Kohler, Arch. S. 199; vgl. oben S. 21 ff.

228) Rosenberg, S. 160; Tempel, S. 72 ff.; Planck im Gegensatz zu Siber § 294 Anm. 2; vgl. auch Rehbein, S. 142; Munk, S. 63; Charmak, S. 29, die hier die Unmöglichkeit eines Gläubigerverzuges überhaupt folgern und den Schuldner auf dem Weg der Hinterlegung (§ 392 Satz 2 BGB.) bzw. Selbsthilfeverkaufs gemäß § 383 BGB. „aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde" verweisen. Vgl. hierzu oben S. 22 ff.

229) Vgl. oben S. 38 ff. und S. 21 ff.

230) Vgl. hierzu Leonhard, S. 571 u. 577.

noch nicht einmal von dem Gläubiger erstattet werden, da dieser noch nicht im Verzug ist (vergl. § 304 BGB.). Dies Ergebnis liegt aber in der Konsequenz der herrschenden Lehre von dem Angebot als empfangsbedürftige Willenserklärung. Noch unerträglicher wäre diese Konsequenz dann, wenn es sich um ein „Angebot unter Gegenwärtigen" handelt. Liegt z. B. der Gläubiger, der schwer erkrankt ist, im Bett und ist nicht vernehmungsfähig, so muß es genügen, daß der Leistungsgegenstand bei ihm angeboten wurde. Sonst erforderlicher Mitteilungen bedarf es hier nicht, da sie von dem Kranken doch nicht verstanden werden, also zwecklos sind.[231]) Dagegen ist es unrichtig, diese Regelung auch auf das sogenannte Verbalangebot auszudehnen.[232]) Dieses, das in Wahrheit eine Mahnung ist, muß vielmehr dem Gläubiger zugehen. So überraschend zunächst diese unterschiedliche Behandlung sein mag, besonders wenn man das „tatsächliche" und das „wörtliche Angebot" mit der herrschenden Lehre unter den gemeinsamen Oberbegriff des „Angebots" bringt, — so ist sie dennoch gerechtfertigt: Ein wörtliches Angebot, von dem der Gläubiger nichts erfährt, ist in den Wind gesprochen und wertlos; andererseits birgt das tatsächliche Angebot, die Anleistung, einen wirtschaftlichen Wert in sich, auch wenn es nicht zum Gläubiger gelangt.

Fassen wir nun alles bisher Gesagte zusammen, so glauben wir, daß es sehr wohl geeignet ist, die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre nachzuweisen, zugleich aber auch die Richtigkeit unserer Ansicht von dem sog. Realangebot als dem Anbeginn der schuldnerischen Leistung.

Da das sog. Realangebot, die Anleistung, kein besonderer Rechtsbegriff ist, so ist es ein „müßiges und systematisch verfehltes Unterfangen", für die Anleistung besondere Regeln über deren Inhalt aufzustellen. Da ja das sog. tatsächliche Angebot ein Teil der schuldnerischen Leistung ist, so ist die vielgeprüfte Frage nach Beschaffenheit und Inhalt des Realangebots, den beteiligten Personen usw. gleichbedeutend mit der Frage, wie die Erfüllung überhaupt zu erfolgen hat.[233]) Auch die herrschende Lehre kommt zu dem Ergebnis, daß beim tatsächlichen Angebot alle Voraussetzungen der Erfüllung vorliegen müssen. Hierin liegt sogar ein indirekter, von der herrschenden Lehre selbst erbrachter Beweis von der Richtigkeit unserer Ansicht. Da es nicht Aufgabe unserer Arbeit ist, die Voraussetzung der Erfüllung zu behandeln, so seien im folgenden nur soweit die Voraussetzungen der Anleistung behandelt, als sie besonders streitig sind und sich von denen des sog. Verbalangebots unterscheiden.

---

[231]) Leonhard, a. a. O.; im Ergebnis Siber, § 294 Anm. 2; im Gegensatz zu Planck vgl. auch die Anm. 228 auf S. 43.

[232]) So z. Planck-S., § 295 Anm. 3; Kohler, Arch. S. 199; dagegen Staudinger, § 295 Anm. 2a; Enneccerus, § 280 Anm. 7; Leonhard a. a. O.; vgl. auch unten Teil III.

[233]) Leonhard, S. 572; Schenker, S. 162; vgl. auch Rosenberg, S. 167 ff.; teilweise auch Kornfeld, S. 37.

§ 11. Erfordernisse der Anleistung.

1. Wer kann die Anleistung vornehmen?

Da die Anleistung ein Teil der schuldnerischen Leistung ist, so ist diese Frage gleichbedeutend mit der Frage, wer erfüllen kann, und ist somit nur nach dem Tatbestand des einzelnen Schuldverhältnisses zu entscheiden. Es werden dies der Schuldner selbst, bald sein gesetzlicher[234]) oder gewillkürter Vertreter sein, bald aber auch dritte Personen — auch ohne Einwilligung des Schuldners — dann nämlich, wenn der Schuldner nicht in Person die Leistung zu bewirken hat (§ 267, Abs. 1 BGB.). Weist der Gläubiger die Anleistung dieser Personen zurück, so kommt er in Verzug. Bemerkenswert ist, daß hier der Gläubiger die Leistung der Dritten, ohne in Verzug zu kommen, dann ablehnen kann, wenn der Schuldner widerspricht, § 267, Abs. 2 BGB.[235]) Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner erst nachträglich der Leistung durch den Dritten widerspricht.[236]) Nimmt der Gläubiger trotz des Widerspruchs des Schuldners die Anleistung des Dritten an, so erlischt die Forderung.[237]) Dagegen findet § 267, Abs. 2 BGB. keine Anwendung, wenn der Dritte kraft eigenen Rechtes zur Leistung an den Gläubiger befugt ist, so z. B. bei den sog. Löschungsrechten Dritter (§§ 268, 1142, 1150, 1223, 1249 BGB.). Hier hat der Dritte ein selbständiges Befriedigungsrecht und ist wie der Schuldner selbst zu behandeln. Ein Widerspruch des letzteren ist daher ohne Wirkung.[238])

Zu der Frage, ob auch Dritte die Anleistung wirksam vornehmen können, gehören auch nicht die Fälle, wo die Dritten zwecks Tilgung einer eigenen, wenn auch zugleich einer fremden Schuld, die Anleistung vornehmen, so z. B. der Bürge (§ 774 BGB.), der Gesamtschuldner (§ 421 ff. BGB.[239]). Hier ist besonders erwähnenswert, daß der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirkt, § 424 BGB. Hiernach treten wohl die Wirkungen des Gläubigerverzuges (insbesondere die Beschränkung der Haftung, §§ 300, 304 und 372 ff. BGB.) auch zu Gunsten der anderen Schuldner ein, d. h. die anderen Schuldner können sich auf den für jenen Schuldner eingetretenen Verzug berufen. Der Gläubiger kommt aber durch die Ablehnung der Anleistung des einen Gesamtschuldners nicht

---

234) Z. B. der Inhaber der elterlichen Gewalt, § 1630 BGB., der Vormund, § 1793 BGB., der Pfleger, § 1909 ff. BGB.; vgl. auch die §§ 26, 30, 86 BGB. aus dem Vereinsrecht.

235) So schon A. L. R. § 51, I, 16 u. Sächs. BGB. § 746; anders das gemeine Recht; für das BGB. auch Adler, S. 478 ff.

236) Staudinger, § 267 Anm. 4c; Rehbein, S. 137.

237) Recht 1901, S. 174.

238) Oertmann, § 268 Anm. 5a; Kohler, Lehrb. S. 45; Leonhard, S. 249.

239) Oertmann, § 267 Anm. 2c.

allen anderen gegenüber in Verzug.[240]) Man[241]) sagt zwar, die Leistung selbst habe eine Gesamtwirkung für und gegen alle Beteiligten, es sei deshalb billig, daß auch die Erleichterungen des Gläubigerverzuges allen Beteiligten zugute kommen. Diese Beweisführung ist aber nicht zwingend. Ist z. B. der Schaden durch die Handlung des A. als Ausfluß einer böswilligen Gesinnung und durch eine Nachlässigkeit des B., die durchaus verzeihlich ist, verursacht worden, so ist es nicht zu verstehen, daß der Gläubiger die Anleistung des B. nicht ablehnen darf, ohne auch dem A. gegenüber in Gläubigerverzug zu kommen.[242])

Zweifelhaft ist es, welche Wirkungen den Gesamtschuldnern gegenüber die den Verzug aufhebenden Handlungen des Gläubigers haben. Holt der Gläubiger das Versäumte nach, z. B. er erklärt sich zur Annahme bereit und erbietet sich zum Ersatz dessen, was er infolge des Gläubigerverzugs schuldet, z. B. Ersatz der erforderlichen Mehraufwendungen (§ 304 BGB.), so ist zu unterscheiden: Erfolgt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, bei dem der Verzug eingetreten ist (dessen Anleistung der Gläubiger abgelehnt hat), so endigt der Verzug mit Wirkung für alle Beteiligten. Erklärt sich der Gläubiger einem anderen Schuldner gegenüber zur Annahme bereit, so hat dies nur persönliche Wirkung. Dies ergibt sich aus den §§ 425, 429, Abs. 3 BGB.[243])

Ist der Gläubiger durch den Schuldner ermächtigt, die Leistung bei einem Dritten zu erheben, so hat man[244]) unterscheiden wollen, ob die Ermächtigung allein in des Schuldners Interesse oder in beiderseitigem Interesse erteilt worden ist. Nur im ersten Fall soll der Schuldner selbst die Möglichkeit haben, seinerseits durch eine Anleistung den Gläubiger in Verzug zu setzen, im anderen Falle aber, z. B. der Erteilung einer Anweisung (§§ 738 ff. BGB.), der Ausstellung eines Wechsels oder eines Schecks, soll der Schuldner nicht tatsächlich (Barzahlung) die Leistung dem Gläubiger anbieten, noch soll er nach § 295 BGB. ihr zur Vorlegung des Papieres beim Dritten auffordern können. Diese Ansicht erscheint aber unrichtig. Ist z. B. der Gläubiger durch einen Scheck des Schuld-

[240]) Leonhard, S. 722; Oertmann, § 424 Anm. 2a; anders Matthiaß, S. 476; Kohler, Arch. S. 170; Enneccerus, § 316, III.

[241]) Enneccerus, a. a. O.

[242]) Leonhard, a. a. O.

[243]) Leonhard, S. 722; Oertmann, § 424 Anm. 2b; Enneccerus, § 316, III u. Anm. 8 u. herrschende Meinung; anders Rosenberg, S. 296 ff. nach dem auch hier Gesamtwirkung für alle Beteiligten eintritt; anders auch Hellmann, S. 257 ff., nach dem die Wirkungen des Gläubigerverzuges für alle Schuldner bestehen bleiben. Daß der Gläubiger den einen Schuldner durch die Annahmeerklärung in Form der Mahnung in Leistungsverzug setzen kann, während er einem anderen Schuldner gegenüber in Gläubigerverzug sein kann, ist schwerlich eine Unbilligkeit, wie Oertmann a. a. O. meint. Gegen ihn auch Enneccerus, § 316 Anm. 8.

[244]) Wieland, S. 161 ff.; 16 ff. u. Staudinger in der 8. Aufl.

ners zur Erhebung der Leistung bei der bezogenen Bank ermächtigt, so kann der Gläubiger dennoch durch eine Anleistung des Schuldners in Verzug gesetzt werden. Die Hingabe des Schecks ist noch keine Zahlung. Deshalb kann der Gläubiger, der noch nicht den Scheck dem Bezogenen vorgelegt hat, durch eine Anleistung nach § 294 BGB., in diesem Fall durch Barzahlung, in Verzug gesetzt werden, und zwar kann der Schuldner, der Bezogene, ja auch ein Dritter im Sinne des § 267 BGB. die Anleistung bewirken[245]).

Konnte bei dem sog. Realangebot die Anleistung auch durch Dritte erfolgen, so verhält es sich bei dem sog. Verbalangebot, das in Wahrheit eine Mahnung ist, anders; denn dieses ist nur dann wirksam, wenn es vom Schuldner selbst ausgeht[246]).

2. An wen ist die Anleistung zu richten?

Die Anleistung ist an den Gläubiger zu richten. Nach der herrschenden Lehre ist auf Seiten des Gläubigers stets Geschäftsfähigkeit erforderlich[247]). Da aber nach der hier vertretenen Ansicht das sog. Realangebot ein Teil der schuldnerischen Leistung ist, so kann die Frage nach der Geschäftsfähigkeit des Gläubigers immer nur im Anschluß an das konkrete Schuldverhältnis gelöst werden. Diese Frage ist also gleichbedeutend mit der, wann die Erfüllung Geschäftsfähigkeit des Gläubigers verlangt. Wir brauchen deshalb, wie bereits bemerkt[248]), für die Anleistung keine besonderen Regeln aufzustellen und können uns mit der Feststellung begnügen, daß nur in den Fällen, bei denen die Erfüllung Geschäftsfähigkeit auf Seiten des Gläubigers voraussetzt, die Anleistung gegen einen Geschäftsfähigen gerichtet sein muß. Aus dem konkreten Schuldverhältnis wird sich auch ergeben, ob die Anleistung an den Gläubiger in Person oder an einen (gesetzlichen oder gewillkürten) Vertreter oder an dritte Personen zu richten ist.

Dagegen soll auf die Streitfrage eingegangen werden, ob dann Gläubigerverzug eintritt, wenn die Anleistung an einen gewillkürten Stellvertreter, der zur Annahme an Stelle des Gläubigers ermächtigt ist, gerichtet wird, und dieser die Entgegenahme verweigert. Man[249]) hat den Gläubigerverzug hier nur dann eintreten lassen wollen, wenn auch der Schuldner zur Leistung an

---

245) Staudinger, § 293 Anm. 1c; anders Kohler, Arch. S. 200, nach dem der Gläubigerverzug hier ohne Angebot eintritt, da der Schuldner vor der Präsentation in der „Angebotsunmöglichkeit" sei. — Im übrigen sind Wielands, a. a. O. Bemerkungen über den Scheckverkehr durch das Scheck-Ges. (vgl. bes. §§ 16, 21 Scheck-Ges.) überholt.

246) Vgl. oben S. 26 und unten Teil III.

247) Vgl. z. B. Planck, dritte Aufl. § 295 Anm. 5; Rosenberg, S. 171; Windscheid-Kipp, S. 445; Charmak, S. 51; anders z. B. Oertmann, § 294 Anm. 3; vgl. oben S. 15 ff. und S. 21 ff.

248) Vgl. oben S. 44.

249) Wieland, S. 161 ff.; Enneccerus in Lehrb. 4. u. 5. Aufl. 1910, § 203, Anm. 5.

den Vertreter ermächtigt sei. Zu Unrecht. Durch die Vollmachtserteilung an den rechtsgeschäftlichen Vertreter, der hierdurch zur Empfangnahme der Anleistung ermächtigt ist, wird bewirkt, daß die Leistung an den Vertreter dieselbe Wirkung auslöst wie die an den Gläubiger in Person. Da nun die Anleistung der Beginn der schuldnerischen Leistung ist, so muß auch die Anleistung an den Vertreter dieselbe Wirkung haben wie die Anleistung an den Gläubiger[250]). Die Frage, ob der Gläubiger durch die Weigerung seines Vertreters in Verzug kommt, hängt also von dem Umfang der erteilten Vollmacht ab. Ist ausdrücklich bestimmt, daß der Vertreter kein Verweigerungsrecht haben soll, so kommt der vertretende Gläubiger durch die Nichtannahme des Bevollmächtigten nicht in Verzug. Jedoch wird diese Beschränkung der Vollmacht nur ausnahmsweise vorliegen. In der Regel und im Zweifel ist aber der Bevollmächtigte auch zur Ablehnung ermächtigt, besonders deshalb, weil er berechtigt und verpflichtet ist, die Anleistung des Schuldners auf ihre vertragsmäßige Beschaffenheit hin zu untersuchen[251]). Lehnt hier der Bevollmächtigte ab, so kommt der Gläubiger in Verzug. Anders liegt folgender Fall: Lehnt der Bevollmächtigte nicht im Namen des Gläubigers die Anleistung ab, sondern verweist den Schuldner an den Gläubiger in Person, indem er erklärt, von seiner Vollmacht keinen Gebrauch machen zu wollen, so kommt hierdurch der Gläubiger nicht immer in Verzug, sondern nur dann, wenn die Verweisung an den Gläubiger Treu und Glauben widerspricht, z. B. wenn der Gläubiger auf einer Weltreise sich befindet und einen Generalbevollmächtigten zu seiner Vertretung zurückgelassen hat. Widerspricht die Verweisung nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.), so kommt der Gläubiger auch nicht durch die Verweisung an ihn in Verzug[252]).

Ist dagegen der Dritte nicht Stellvertreter im Sinne des § 164 BGB., sondern z. B. ein sog. solutionis causa adjectus, so stellt dessen Weigerung der Annahme der Anleistung, wie schon erwähnt[253]), ein Leistungshindernis dar, für dessen Beseitigung der Gläubiger zu sorgen hat[254]). Der Schuldner kann deshalb durch ein sog. wörtliches Angebot den Gläubiger in Verzug setzen; jedoch tritt ohne ein solches Gläubigerverzug ein, wenn der Schuldner die Anleistung an den Dritten macht.

Bei einem Vertrag zu Rechten Dritter tritt der Gläubigerverzug mit der Ablehnung der Anleistung durch den Dritten ein[255]). Bei einem Vertrag zu

---

[250]) Planck-S., § 293 Anm. 2b; Staudinger, § 293 Anm. c; jetzt auch Enneccerus, § 280, II, 1; vgl. auch Mot. II S. 72; Rosenberg 173.

[251]) Staudinger, a. a. O.; Planck-S., a. a. O., nach dem das Ablehnungsrecht besonders bei der Vollmacht zur Verwaltung eines ganzen Vermögens hervortritt.

[252]) Staudinger, a. a. O.

[253]) Vgl. oben S. 42.

[254]) Leonhard, S. 573.

[255]) Planck-S., § 295 Anm. 2a; Staudinger, § 293 Anm. 1c; Boer, S. 517 ff.; Oertmann, § 294 Anm. 3.

Gunsten Dritter hat zwar der Dritte kein selbständiges Recht, die Leistung zu fordern, er hat aber in der Regel die Stellung eines solutionis causa adjectus, sodaß der Gläubiger durch ein sog. wörtliches Angebot oder auch durch die Anleistung an den Dritten in Verzug gerät[256]).

Auf der Gläubigerseite können — ebenso wie auf der Schuldnerseite — mehrere Personen stehen. Es ist dann zu unterscheiden: sind sie Gesamtgläubiger, d. h. kann jeder Gläubiger die geschuldete Leistung fordern, muß der Schuldner sie aber nur einmal bewirken, so wirkt der Verzug des einen Gesamtgläubigers auch gegen die übrigen Gläubiger (§ 429 BGB.). Der Gläubigerverzug wirkt hier also objektiv[257]). Dies ist eine Neuerung gegenüber E. I[258]). Man hat diese Regelung unrichtigerweise als Folgerung der Bestimmung in § 424 BGB. für den Gesamtschuldner bezeichnet[259]). In Wirklichkeit ist es eine Ausnahme von dem sonst streng durchgeführten Grundsatz, daß die Handlungen eines Beteiligten den anderen zum Vorteil, aber nicht zum Nachteil gereichen. Daß der Satz: Da die Leistung selbst eine Gesamtwirkung für und gegen alle Beteiligten habe, müsse auch das Gleiche für die Erleichterungen des Gläubigerverzuges gelten — nicht zwingend ist, haben wir schon früher gesagt[260]a). Sind die Gläubiger also Gesamtgläubiger, so genügt die Anleistung an einen von ihnen mit der Wirkung, daß durch die Nichtannahme des einen alle Gesamtgläubiger in Verzug geraten.

Stehen dagegen die Gläubiger in einem Gesamthandsverhältnis[260]b), d. h. kann die Leistung nur von allen Gläubigern gemeinsam gefordert werden, so muß die Anleistung allen Gläubigern gegenüber bewirkt werden und alle Gläubiger kommen in Verzug, wenn auch nur einer seine erforderliche Mitwirkung versagt[261]).

Sind die Gläubiger weder Gesamtgläubiger noch Gesamthandsgläubiger, so ist wiederum zu unterscheiden, ob es sich um eine teilbare Leistung oder um eine unteilbare Leistung handelt. Im ersteren Fall kann der Schuldner jedem Gläubiger den ihm gebührenden Teil der Anleistung bewirken („anbieten"), da jeder Gläubiger Teilgläubiger und nur zu einem im Zweifel gleichen Anteil

---

256) Planck-S., § 295 Anm. 2a; teilweise anders die oben Genannten.
257) Leonhard, S. 722; Enneccerus, § 316, II; Oertmann, § 429 Anm. 1a.
258) § 326 Abs. 1: „Das Anbieten der Leistung von Seiten des Schuldners an einen Gesamtgläubiger, sowie der Verzug eines Gesamtgläubigers wirken nicht gegen die übrigen Gesamtgläubiger". Ebenfalls § 1025 im Sächs. BGB. im Anschluß an die herrsch. Lehre des gemeinen Rechts; vgl. Munk, S. 21; Mot. II S. 159.
259) Prot. S. 442.
260a) Vgl. oben S. 46 und Oertmann, a. a. O.
260b) Z. B. bei der Gesellschaft, § 718 BGB., der ehel. Gütergemeinschaft, § 1438 BGB., der Miterbengemeinschaft, § 2032 BGB.; ferner § 54 BGB., §§ 125, 161, 170, 489 HGB.
261) Enneccerus, § 319, II, 4; Schollmeyer, § 432.

berechtigt ist. (§ 420 BGB.) Der Verzug des einen Gläubigers schadet hier den anderen Gläubigern nichts. Ist dagegen die Leistung eine unteilbare, so liegt ein Fall der Gesamtleistung = Gläubigerschaft[262]) vor, d. h. jeder Gläubiger kann die Leistung einfordern, aber nur an alle[263]) (§ 432 BGB.). So kann jeder Gläubiger verlangen, daß die Schuldsache für alle hinterlegt oder, daß sie, wenn sie dazu ungeeignet ist, an einen gemeinsamen gerichtlich bestellten Verwahrer ausgehändigt werde[264]). Erfolgt nun die Anleistung an alle Gesamtleistungsgläubiger, so kommen sie alle in Verzug, wenn auch nur einer die Anleistung ablehnt. Erfolgt dagegen die Anleistung nur einem Gläubiger gegenüber, so kommt nur dieser durch das Ausbleiben seiner notwendigen Mitwirkungshandlung in Verzug. (§ 432, Abs. 2 BGB.). Dies gilt selbst dann, wenn er die Anleistung nicht annehmen kann, weil ein anderer die erforderliche Mitwirkung versagt[265]).

Keine Schwierigkeit macht von unserer Ansicht über das sog. Realangebot aus der Fall, wenn die Forderung gegen den Schuldner abgetreten ist. Der Schuldner kann, solange er von der Abtretung der Forderung nichts weiß, an den alten Gläubiger seine Leistung bewirken (§ 407 BGB.), demzufolge auch gegen ihn die Anleistung richten. Lehnt der alte Gläubiger die Anleistung ab, so muß der neue Gläubiger dies nach § 407 BGB. gegen sich gelten lassen und kommt durch die Weigerung des bisherigen Gläubigers in Verzug. Anders ist es, wenn der letztere die Ablehnung der Anleistung mit der vorgenommenen Abtretung der Forderung begründet. In diesem Fall und überhaupt, wenn der Schuldner Kenntnis von der Zession der Forderung hat, muß die Anleistung gegen den neuen Gläubiger gerichtet werden. Erfährt der Schuldner erst nachträglich, nach Bewirkung der Anleistung an den bisherigen Gläubiger, die Abtretumng der Forderung, so wird dadurch der einmal eingetretene Gläubigerverzug nicht wieder aufgehoben[266]).

---

262) Leonhard, S. 752 ff.; weitere Fälle sind bei Nießbrauch u. Pfandrecht, §§ 1077, 1281 BGB., im Familienrecht § 1380 BGB.

263) Insoweit ähnlich den Gesamtgläubigern, da aber dem Einzelnen kein Verfügungsrecht über die Forderung zusteht, ähnlich insoweit den Gesamthandsgläubigern. Munk, S. 63; Block, S. 12, nach dem immer ein Verbalangebot genügen soll, weil es der Billigkeit entspräche. Dagegen: Rosenberg, S. 161.

264) Zuständig für die Bestellung des Verwahrers ist das Amtsger., in dessen Bezirk die Sache sich befindet, § 165 F. G. G. Die Hinterlegung muß unter Verzicht auf das Rückforderungsrecht erfolgen, Leonhard, S. 753; Enneccerus § 319, II, 3.

265) Leonhard, a. a. O.; Enneccerus, § 319 Anm. 12; Oertmann, § 432 Anm. 3; Rosenberg, S. 174; anders z. B. Crome, S. 394; Goldmann-L., S. 459 ff. Nach Kohler Arch. S. 199 und Munk, S. 63 soll ein Verbalangebot genügen, solange die Gläubiger sich noch nicht zur Empfangnahme der Anleistung zusammengetan oder eine Mittelsperson zur Annahme bestimmt haben. Hiergegen: Rosenberg, S. 161.

266) Rosenberg, S. 175 ff, Planck-S., § 382 Anm. 2d; Staudinger, § 293, Anm. 1c.

3. Inhalt der Anleistung.

Auch was den Inhalt des sog. Realangebots betrifft, so stellt hierfür die herrschende Lehre besondere Regeln auf. So wird dann ausgeführt: die schuldnerische Leistung müsse vollständig sein[267]), zu einem Teilangebot sei der Schuldner nicht berechtigt[268]), mit der Hauptschuld müsse der Schuldner gegebenenfalls Zinsen und Schadenersatz wegen Verzuges (§§ 288, 286 BGB.), Schadenersatz wegen schuldhafter nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280, 325 BGB.) usw. anbieten; es sei denn, daß es sich um vertragsmäßig bedungene Zinsen handelt[269]); zum Teilangebot sei der Schuldner nur dann berechtigt, wenn Teilleistungen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart seien oder sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergäben, z. B. bei den sog. Sukzessivgeschäften[270]) oder, wenn es gesetzlich bestimmt sei, z. B. wenn bei der Aufrechnung die Gegenforderung des Schuldners hinter dem Betrage der Forderung des Gläubigers zurückbleibt (§ 389 BGB.), bei der Mehrheit von Gläubigern (§ 420 BGB.), beim Teilurteil (§ 301 ZPO.), in der Zwangsvollstreckung (§ 757 ZPO.), bei Abschlagszahlung an die Konkursgläubiger (§ 149 KO.), bei Teilzahlung der Wechselsumme zur Verfallszeit (Art. 38, 98 Nr. 5 WO.). Es wird dann weiter ausgeführt, daß unter Umständen ein Minderangebot genügend, ein Mehrangebot zulässig ist[271]), daß der Gläubiger eine unter Vorbehalt von Einwendungen gegen das Schuldverhältnis gemachte Anleistung ablehnen darf, ohne in Verzug zu geraten[272]), es sei denn, daß sich der Schuldner in einer Zwangslage befindet, daß der Schuldner gezwungen ist, trotz Bestreitens der Forderung sofort zu zahlen, z. B. durch ein drohendes Verwaltungszwangsverfahren oder durch einen vollstreckbaren Titel[273]). Alle diese Erörterungen können, da in Wahrheit das Realangebot der Beginn der schuldnerischen Leistung ist, nichts anderes besagen, als was

---

267) Vgl. die ausdrückl. Bestimmung § 224 Abs. 1 Satz 1 im ersten Entw.

268) Vgl. § 266 BGB.

269) Staudinger, § 266 Anm. 3; Planck-S. § 367 Anm. 1; anderer Meinung Rosenberg, S. 177; Wolffenstein, S. 47.

270) RG. in DJZ. 04 S. 267 Nr. 22; JW. 03 Beil. 79; 04, 90.

271) Oertmann, § 293 Anm. 1e; Staudinger, § 394 Anm. 2; Rosenberg, S. 178.

272) Liebknecht, S. 66 ff.; Planck-S., § 362 Anm. 3; Leonhard, S. 590; Rosenberg, S. 179 usw. anders z. B. Stölzel, S. 97 ff.; Siber, Kompensation, S. 123, weil das im Vorbehalt enthaltene Recht auf Rückforderung schon kraft Gesetzes (§812 BGB.) dem Schuldner zustehe u. daher bei ausdrückl. Vorbehalt dem Schuldner nicht schädlich sein könne. Dadurch, daß der Schuldner die Tilgungsbestimmung nur bedingt angibt, könnte aber diese erreichen, daß sie eine Zahlung, die er in der Kenntnis von der Ungültigkeit der Schuld gemacht hat, zurückfordern könnte, was aber durch § 814 BGB. vermieden werden soll. Zudem wird oft in dem Vorbehalt ein Beweisvertrag liegen, durch den der die Zahlung zurückfordernde Schuldner von der Beweislast befreit würde: zwei unbillige Belastungen für den Gläubiger. So Leonhard, Schuldrecht, S. 591 und Beweislast, S. 377 ff.

273) Leonhard, Aufrechnung, S. 150 und Schuldr. S. 591; Block S. 15.

über die Erfüllung überhaupt, hier insbesondere über deren Inhalt, gesagt werden kann. Diese Fragen sind deshalb nicht bei der Lehre vom Gläubigerverzug, sondern bei der Lehre von der Erfüllung zu behandeln.

Erwähnt sei, daß der Schuldner keine mangelhafte Leistung anbieten darf, und, daß durch eine solche Anleistung der Gläubiger nicht in Verzug kommen kann. So kann der Gläubiger bei einer Gattungsschuld durch eine mangelhafte Anleistung nicht in Verzug gesetzt werden, da der Gläubiger an Stelle der mangelhaften Sache die Lieferung einer mangelfreien verlangen (§ 480 BGB.), die mangelhafte Anleistung also als Nichterfüllung behandeln kann[274]). Anders soll bei der Stückschuld entschieden werden, weil die Leistung des mangelhaften Schuldgegenstandes noch immer Erfüllung sei.[275]) Nach anderen[276]) soll der Käufer nur dann ein Annahmeverweigerungsrecht haben, wenn sich der Verkäufer zur Erfüllung der Gewährschaftsansprüche nach Wahl des Käufers erbietet. Richtiger Ansicht nach wird man dem Käufer immer das Recht, die Annahme zu verweigern, geben müssen, wenn er zugleich erklärt, daß er wandeln oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern wolle. (§ 459 ff. BGB.) Da hier der Käufer die Sache später doch wieder herausgeben muß, so ist nicht einzusehen, weshalb er sie erst annehmen soll, umsomehr als die Uebernahme erhebliche Umstände, verbunden mit Kosten und Gefahren, mit sich bringen kann.[277]) Dieser Grund liegt aber nicht vor, wenn der Gläubiger minderungsberechtigt ist (z. B. § 468, Satz 2 BGB.), so daß hier die Nichtannahme der mangelhaften Sache den Gläubiger in Verzug bringt.[278])

4. Ort der Anleistung.

Die Frage, wo die Anleistung zu machen ist, ist nach unserer Lehre gleichbedeutend mit der nach dem Vollzugsort, d. h. dem Ort, wo der Schuldner die Leistung tatsächlich zu bewirken hat, im Gegensatz zum Schuldort, der für die Schuld maßgebend ist[279]) (§ 269 BGB.). Wir können uns bei der Lehre vom Gläubigerverzug mit der Feststellung begnügen, daß die Anleistung da zu bewirken ist, wo der Schuldner seine Leistung tatsächlich zu vollziehen hat. Feste Regeln lassen sich hierfür nicht aufstellen, sondern die Beantwortung der Frage richtet sich nach dem jeweiligen Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses, sei es, daß der Vollzugsort durch positive Rege-

---

[274]) Leonhard, S. 572; RGZ. 54, S. 81. JW. 04, 198; Planck-S. § 293 Anm. 2b; anders Schollm. Jher. Jahrb. S. 101, 103.

[275]) Kiel OLG. 16 S. 399 ff.; Oertmann, § 433 Anm. 2a; Wolff, Jher. Jahrb. 56 S. 8; Adler, S. 482; Heymann, S. 70.

[276]) Planck-S., § 293 Anm. 2b; Staub, § 373 Anm. 2a.

[277]) Leonhard, S. 572.

[278]) Planck-S., a. a. O.; RGZ. 73 S. 259.

[279]) Leonhard, S. 227 ff.

lung im Gesetz bestimmt ist,[280]) sei es, daß sich aus dem Inhalt der Schuld eine Abweichung ergibt.[281])

5. Zeit der Anleistung.

Auch für die Zeit der Anleistung können keine besonderen Regeln aufgestellt werden, die etwa verschieden von denen über die Zeit der Leistung überhaupt sind, denn die Frage, wann der Schuldner seine Anleistung machen kann oder muß, ist wieder gleichbedeutend mit der Frage, wann vom Schuldner erfüllt werden kann oder muß. Auch diese Frage gehört also in das Gebiet der Lehre von der Erfüllung. Hier ist nur zu sagen: der Schuldner muß zur richtigen Zeit seine Anleistung vornehmen. Wann das ist, richtet sich nach dem Inhalt des einzelnen Schuldverhältnisses, sei es, daß die Leistungszeit gesetzlich,[282]) daß sie vertraglich bestimmt ist, oder sich aus den Umständen ergibt. Hervorzuheben ist aber die Bestimmung des § 271, Abs. 1 BGB., wonach der Schuldner seine Verpflichtungen sofort erfüllen kann, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, ferner § 271, Abs. 2 BGB., wonach der Schuldner im Zweifel vor der bestimmten Zeit leisten, der Gläubiger die Leistung aber nicht vor dieser Zeit verlangen kann. Einen Ausgleich für die dem Schuldner gewährte Befugnis[283]) stellt § 299 BGB. dar. Will der Schuldner vor der Leistungszeit seine Anleistung machen, so muß er sie dem Gläubiger anzeigen, andernfalls sich dieser darauf berufen kann, daß er vorübergehend an der Annahme der Anleistung verhindert gewesen und deshalb nicht in Gläubigerverzug gekommen sei. Es läßt sich nicht verkennen, daß hier in den weitaus häufigsten Fällen die richtige Anwendung des § 242 BGB. zu demselben Ergebnis führen wird. § 242 BGB. wird dann auch zur Ergänzung des § 299 BGB. heranzuziehen sein, besonders bei der Frage, wann im einzelnen Fall die Zeit angemessen ist, die dem Gläubiger zur Vornahme der Anleistung gelassen werden muß, dann aber auch bei der Frage, wann eine Verhinderung anzunehmen und als vorübergehend zu betrachten ist. Allgemeine Regeln lassen sich auch hier nicht aufstellen, vielmehr können diese Fragen nur nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses beantwortet werden. Allgemein kann nur gesagt werden, daß es sich um keine dauernde Verhinderung des Gläubigers handeln darf, auch nicht um eine, die der Gläubiger wider Treu und Glauben absichtlich herbeigeführt hat[284]) — schließlich daß nicht notwendig eine Unmöglichkeit der Annahme oder bloßes Unvermögen vorliegen muß, daß vielmehr unter Berücksich-

---

280) Z. B. §§ 261, 270, 374, 697, 700, 811, 1194, 1290 BGB.
281) Leonhard, S. 253 ff.
282) Z. B. §§ 551, 584, 604, 608, 609, 614, 641 Abs. 1, 721, 760, 1361, 1612 Abs. 3 usw. BGB.
283) Vgl. L. 41 § 1 D. 45, 1. „diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore".
284) Oertmann, § 299 Anm. 4; Schollmeyer, S. 142.

tigung des § 242 BGB. der Gläubiger schon dann an der Annahme der Anleistung „verhindert" ist, wenn sie mit unverhältnismäßig hohen Schwierigkeiten oder Kosten verbunden ist. Gleichgültig ist, worauf die Verhinderung zurückzuführen ist, und ob sie der Gläubiger hätte vermeiden können, indem er z. B. keine Ferienreise unternommen hätte.[285]) Daß die Ankündigung der Anleistung keine rechtsgeschäftliche Erklärung ist, haben wir bereits behandelt.[286]) Die Ankündigung eines Dritten, der die Leistung bewirken will (vergl. § 267 BGB.), kann der Gläubiger unberücksichtigt lassen,[287]) da ihm nicht zugemutet werden kann, sich auf die Worte eines anderen als seines Schuldners zu verlassen.

Erfolgt aber auf die Ankündigung hin nicht die Anleistung, so verliert jene ihre Wirkung, da sonst der Gläubiger fortdauernd bis zur Annahme der Leistung sich bereit halten müßte, was gerade durch § 299 BGB. verhindert werden soll. Hatte der Schuldner in seiner Ankündigung eine kalendermäßig bestimmte Zeit für seine Anleistung genannt, aber nur dann, kommt der die angekündigte Anleistung nicht bewirkende Schuldner sogar in Schuldnerverzug.[288])

Teil III: Das sogenannte wörtliche Angebot: eine Mahnung.

§ 12. Die Erklärung des Leistungsvermögens allein genügt nicht.

Nach herrschender Lehre ist das wörtliche Angebot die Erklärung der Leistungsbereitschaft. Dieser Begriff des wörtlichen Angebots, die zweite Unterart des Oberbegriffs „Angebot", ist aber ebenso wie der Begriff des tatsächlichen Angebots zu verwerfen, denn, was man wörtliches Angebot nennt, ist nichts anderes als eine Mahnung.[289])

---

[285]) Oernmann, § 299 Anm. 3; Planck-S., § 299 Anm. 2; Munk, S. 62; Staudinger, § 299 Anm. 2.

[286]) Vgl. oben S. 38 ff und S. 42 ff. Unrichtig ist die Begründung Oertmanns, § 299 Anm. 6, der die rechtsgeschäftl. Natur der Ankündigung leugnet, da die Rechtswirkungen ohne Rücksicht auf einen dahin gerichteten Willen einträten. Dies ist aber bei den Rechtsgeschäften nicht notwendig. Vgl. Leonhard, S. 517 ff.

[287]) Planck-S. § 299 Anm. 3; Staudinger, § 299 Anm. 1.

[288]) Zu weitgehend Oertmann, § 299 Anm. 6; Goldmann-L., S. 349, die stets beim Ausbleiben der angekündigten Anleistung Schuldnerverzug annehmen. Sie werden hierzu durch die unrichtige Auslegung des Begriffes der nach dem Kalender bestimmten Zeit geführt. Vgl. oben S. 32 und Leonhard, S. 514 ff.

[289]) Leonhard, S. 573 ff.

Wie die ganze Lehre vom Angebot beim Gläubigerverzug — mit einigen Abänderungen — aus dem römischen Recht hergeleitet wird, so hat man denn auch den Begriff des wörtlichen Angebots als Erklärung der Leistungsbereitschaft aus den römischen Quellen herleiten wollen.[290]) Jedoch mit Unrecht: die römischen Quellen gebrauchen das Wort „offerre" immer nur dann, wenn es sich um eine sachliche Anleistung des Schuldners, also um den Beginn der schuldnerischen Tätigkeit handelt. So sprechen denn Ulpian im liber vicesimus octavus ad edictum[291]) und im liber quinquagesimus primus ad edictum,[292]) Papinian im liber secundus responsorum[293]) und Scaevola im liber quintus responsorum[294]) von einem offere pecuniam[295]), Marcellus im liber vicesimus digestorum[296]) von einem offere nummos und Paulus im liber trigesimus septimus ad edictum[297]) von einem offere servum dotalem. In allen diesen Fällen handelt es sich also um tatsächliche Anleistungen. Dagegen ist den Quellen ein offere verbis unbekannt[298]). Hat der Schuldner keine Anleistung zu machen, so sprechen die Quellen vielmehr von einem denuntiare ut tollat. So schreibt denn Ulpian im liber vicesimus octavus ad Sabinum[299]). „Licet autem venditori vel effundere vinum . . . effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut . . .", ebenfalls an einer anderen Stelle im liber vicesimus octavus ad Sabinum[300]). Es handelt sich hier um eine Aufforderung an den Gläubiger, seine Mitwirkungshandlung vorzunehmen; also um eine Mahnung. Da nun — wie besonders die herrschende Lehre betont — das BGB. beim Gläubigerverzug dem römischen Recht folgt, so ist man demnach weit eher berechtigt, auch für das heutige Recht in dem sog. Verbalangebot eine Mahnung zu erblicken, als die Erklärung der Leistungsbereitschaft. In der Tat ist eine Mahnung nach heutigem Recht auch notwen-

[290]) Vgl. Oertmann, § 295 Anm. 1; Staudinger, § 295 vor Anm. 1; Mot. II S. 69 ff.; Prot. I S. 1229 ff.; Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 345 N. 5 usw.; wohl auch Kohler, Jahrb. S. 401 ff.

[291]) l. 9 § 5 D. de picnerat. act. 13. 7.

[292]) l. 30 D de solut. et liber. 46. 3.

[293]) l. 7 D. de usur. 22. 1.

[294]) l. 102 D. de solut. et liber. 46. 3.

[295]) Vgl hierzu Hermogenianus, l. 222 D. de verb. sign. 50. 16: „pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur".

[296]) l. 27 pr. D. de solut. et liber. 46 3; vgl. auch l. 72. §§ 1—3 D. eod. und l. 39 D. eod.

[297]) l. 26 D. sol. matr. 24. 3.

[298]) Unrichtig: Dorer, S. 24.

[299]) l. 1 § 3 D. de per. et com. rei vend. 18. 6.

[300]) l. 4 § 2 D. de per. et com. rei vend. 18. 6.

dig[301]). Es ist anzugeben, daß in vielen Fällen die Bereitschaftsanzeige eine Aufforderung an den Gläubiger zur Mitwirkung enthält. Schreibt z. B. bei einer Wahlschuld der Schuldner dem Gläubiger: Trotz Ihrer Weigerung werde ich mich morgen bei Ihnen einfinden, damit Sie die notwendige Wahl vornehmen können —, so erklärt hier gewiß der Schuldner, daß er leisten könne und wolle, nachdem der Gläubiger die Wahl getroffen hat. In seiner Erklärung der Leistungsbereitschaft liegt hier, wie sich aus dem Zweck des angekündigten Besuches ergibt, zugleich auch die Aufforderung an den Gläubiger, daß er beim Besuche des Schuldners die Wahl vornehmen solle. Und letzteres ist entscheidend, und nur weil in dieser Erklärung die Mahnung an den Gläubiger enthalten ist, kommt letzterer in Verzug, wenn er dem Schuldner mitteilt, sein Besuch sei überflüssig, er wolle die Wahl nicht vornehmen. Aber nicht immer und notwendigerweise enthält die Erklärung der Leistungsbereitschaft eine Aufforderung an den Gläubiger, nun seine Mitwirkungshandlung vorzunehmen. Hat z. B. beim Kauf auf Abruf der Schuldner die abzurufende Ware sich erst zu verschaffen oder selbst herzustellen, oder muß beim Spezifikationskauf der Schuldner sich erst das Rohmaterial verschaffen, so genügt es nicht zur Inverzugsetzung, daß der Schuldner erklärt: die abzurufende Ware habe ich hergestellt bzw. mir verschafft, Sie, Gläubiger, können sie jederzeit abrufen, oder das Rohmaterial ist jetzt eingetroffen, Sie, Gläubiger, können jetzt jederzeit die Spezifikation vornehmen. Hier erklärt der Schuldner nur, daß er bereit und imstande sei zu leisten, mehr aber auch nicht. So ist denn aus seiner Erklärung nicht zu ersehen, daß der Gläubiger nun wirklich die Waren abrufen, die Spezifikation vornehmen soll; der Schuldner erklärt garnicht, daß er auf Erfüllung dränge. Wenn der Schuldner vielleicht durch diese Erklärung den Gläubiger zur Vornahme seiner Mitwirkung drängen will, so ist dieser innere Wille unbeachtlich, da er nicht erklärt ist. So wird denn auch der Gläubiger durch diese Erklärung der Anleistung nicht in Verzug kommen, wenn er nicht sogleich seine Mitwirkungshandlung ausführt. In diesen Fällen tritt neben die Anleistung noch eine Mahnung an den Gläubiger. Es gibt aber auch Fälle, wo eine Mahnung ohne eine Anleistung zur Inverzugsetzung genügend ist. Fordert z. B. der Schneider seinen Kunden auf, er solle sich den notwendigen Stoff besorgen, damit daraus der Anzug hergestellt werden könne, oder fordert der Baumeister den Grundeigentümer auf, er solle die ihm obliegenden Erdarbeiten vornehmen[302]), — so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die notwendige Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Aber auch in diesen Fällen genügt eine große Bereitschaftserklärung des Schuldners nicht. Teilt z. B.

[301]) Leonhard, S. 573; anders herrsch. Meinung; vgl. oben S. 23 ff. bes. Schenker, S. 166 ff., nach dem es nur einer Bereitschaftsanzeige bedarf, wenn dem Gläubiger die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners nicht ohne weiteres erkennbar ist. Vgl. auch oben S. 33 ff.

[302]) Leonhard, S. 574.

der Schuldner dem Gläubiger mit: Für das von Ihnen bestellte Zelt benötige ich 20 Meter Zeltstoff, ich empfehle Ihnen meinen bekannten und bewährten Leinenstoff, so erklärt hier der Schuldner nur, das Zelt bauen zu wollen, nachdem der Gläubiger selbst Stoff geliefert oder sich für den Stoff des Schuldners entschlossen hat. Zur Inverzugsetzung genügt diese Bereitschaftsanzeige nicht, es bedarf dazu noch einer Mahnung an den Gläubiger.

Aus den angeführten Beispielen ersehen wir zweierlei: einmal daß eine Bereitschaftsanzeige nicht genügend ist, daß vielmehr der Gläubiger noch gemahnt werden muß, wenn er in Verzug gesetzt werden soll. Zum anderen sehen wir, daß die Mahnung, genannt Verbalangebot, von der Anleistung, genannt Realangebot, wesentlich verschieden ist. Wie wir gesehen haben[303]), ist die Anleistung eine Erfüllungshandlung, sie ist der Beginn der schuldnerischen Leistung. Dagegen ist die Mahnung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die somit allen Vorschriften über solche unterworfen ist[304]). Wir haben gesehen, daß die Anleistung nur unter gewissen Voraussetzungen dem Gläubiger mitgeteilt werden muß[305]), ja, daß sogar die im allgemeinen gebotene Mitteilung dann nicht vorgenommen zu werden braucht, wenn sie untunlich ist[306]). Anders verhält es sich mit der Mahnung. Diese muß dem Gläubiger unbedingt zugehen, denn eine Aeußerung ohne Zugehen bedeutet nichts anderes als eine wertlose Rederei in den Wind, eine leere Formalität. Wollte man anders entscheiden, so käme man zu großen Unbilligkeiten. Eine Aeußerung des Schuldners, die nicht zugegangen ist, kann nicht berücksichtigt werden, besonders wenn man bedenkt, daß in vielen Fällen der Gläubiger gar nichts dafür kann, daß die Mitteilung ihn nicht erreichen konnte. Z. B. der Gläubiger hat eine Möbeleinrichtung, einen kostbaren Schmuck abzuholen, kann aber nicht gemahnt werden, weil er krankheitshalber sich auf einer Erholungsreise befindet. Eine Mitteilung ohne Zugehen kann nicht genügen, da sonst der Gläubiger die Möbeleinrichtung bezahlen müßte, wenn sie nun verbrennt, oder den wertvollen Schmuck, wenn er ohne Schuld des Schuldners auf Nimmerwiedersehen gestohlen ist. Unbillige Ergebnisse, die niemand gutheißen wird. Man kann auch nicht sagen, daß der Gläubiger hier versäumt habe, seinen neuen Aufenthaltsort dem Schuldner mitzuteilen und deshalb die Nachteile tragen müsse. Von einem Gläubiger, der schwer verunglückt ist und vernehmungsunfähig in einem Krankenhaus liegt, kann man

303) Vgl. oben S. 35 ff.
304) Leonhard, S. 574. Für das wörtliche Angebot: Rosenberg, S. 157; Staudinger, § 295 Anm. 2a; Schollmeyer, § 296 Anm. 1b; anders Planck-S., § 295 Anm. 3; Klein, Arch. S. 253 ff.; Oertmann, § 294 Anm. 1; anders § 295 Anm. 2, wonach die Aufforderung an den Gläubiger eine rechtsgeschäftl. Willenserklärung ist. Vgl. auch Manigk, S. 95 ff., nach dem die Mahnung kein Rechtsgeschäft ist.
305) Vgl. oben S. 35 ff.
306) Vgl. oben S. 43 ff.

unmöglich verlangen, daß er seinem Schuldner hiervon Mitteilung machen müsse, und daß ihn, den Gläubiger, die Nachteile dafür treffen sollen, daß die Mahnung des Schuldners ihm nicht zugehen konnte.

Die Mahnung ist aber unerläßlich und kann dem Schuldner auch nicht erlassen werden, wenn sie mit Schwierigkeiten verbunden ist. Kann der Schuldner den Gläubiger nicht erreichen, so muß der Weg der öffentlichen Zustellung beschritten werden[307]). Es kann nicht genügen, daß der Brief als unbestellbar zurückkommt[308]). Auch kann dem Schuldner die Mahnung nicht erlassen werden, wenn z. B. in allen Zeitungen steht, daß der Gläubiger wegen einer strafbaren Handlung flüchtig geworden sei. Hier hat man die Absendung eines Briefes, dessen Unbestellbarkeit der Schuldner von vornherein weiß, als leere Formalität bezeichnen und dem Schuldner jede Mahnung ersparen wollen.[309]) Hierdurch ist aber nur bewiesen, daß die briefliche Mahnung ein ungeeigneter und erfolgloser Weg ist. Es bleibt hier eben dem Schuldner nichts anderes übrig, als die Mahnung, soll sie ihren Zweck erreichen, öffentlich zustellen zu lassen[310]). Auch darf dem Schuldner, z. B. dem zu Unrecht entlassenen Arbeiter, die Mahnung nicht erlassen werden, weil es ihm unmöglich geworden ist, seinem früheren Arbeitgeber weiterhin seine Dienste anzubieten[311]), weil er sich einer erneuten Zurückweisung seiner Dienste nicht auszusetzen brauche[312]). In diesem Fall muß der Arbeiter seinen Dienstherrn mahnen und dadurch seine Dienste ihm weiter anbieten. Wir haben bereits ausgeführt[313]), daß auch Vertreter der herrschenden Lehre, besonders unter Hinweis auf die §§ 372 Abs. 1 Satz 2 und 383 Abs. 1 Satz 2, BGB., wo die Fälle des Gläubigerverzuges als etwas verschiedenes von den in der Person des Gläubigers liegenden Leistungshindernissen behandelt werden, ein Verbalangebot hierfür unerläßlich erklärt haben.

Wie es beim Schuldenverzug keiner Mahnung bedarf, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 284 Abs. 2 BGB.), so ist auch beim Gläubigerverzug eine Mahnung entbehrlich, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 296 BGB.). Die Funktion der Mahnung übernimmt hier das Datum, das dem Gläubiger merkbar entgegentritt (vgl. dies interpellat pro

[307]) Leonhard, S. 574. Für das wörtl. Angebot: Staudinger, § 295 Anm. 2a; Rosenberg, S. 160 ff; Enneccerus, § 280 Anm. 7; anders Planck-S., § 295 Anm. 3; Klein, Arch. S. 253 ff., Oertmann, § 294 Anm. 1; anders § 295 Anm. 2 für die Aufforderung an den Gläubiger.

[308]) Planck-S. a. a. O.

[309]) Planck-S., a. a. O.: Kohler, Arch. S. 199; dagegen nicht der von Planck-S. angeführte Oertmann; vgl. § 295 Anm. 3 u. Arch. S. 8 ff.

[310]) Anders besonders Kohler, Lehrbuch, S. 199.

[311]) RG. in JW. 09 S. 722; vgl. auch oben S. 29 ff.

[312]) OLG. Kassel in Seuff. Arch. 60 S. 202 Nr. 104.

[313]) Vgl. oben S. 29 ff.

homine)[314]. Der Gläubiger kommt also vom Schuldner unaufgefordert in Verzug, wenn er seine Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt. Tut er dies, so muß nunmehr der Schuldner mit seiner Tätigkeit einsetzen (§ 294 BGB.), liegen dagegen die Voraussetzungen des § 295 BGB. vor, so bedarf es nur einer Mahnung, z. B. wenn der Gläubiger nach der Vornahme seiner Mitwirkungshandlung erklärt hat, daß er die schuldnerische Leistung nicht annehmen werde[315]. Daß nicht immer ein sog. Verbalangebot genügen kann[316], daß aber auch nicht stets ein sog. Realangebot erforderlich ist[317], haben wir bereits gesehen[318].

Wenn vielleicht in Zukunft[319] manche zugeben werden, daß das sog. Verbalangebot in Wahrheit eine Mahnung ist, so ist es andererseits denkbar, daß man, wie bei der Mahnung beim Schuldnerverzug, auch hier ihre rechtsgeschäftliche Natur leugnen wird. Es sei deshalb kurz darauf eingegangen. Man wird sagen: die Mahnung ist nicht oder braucht nicht auf die Folgen des Verzugs gerichtet zu sein, die Folgen des Verzuges treten kraft Gesetzes auch ungewollt ein[320]. Infolgedessen könne die Mahnung des Schuldners kein Rechtsgeschäft sein. Es ist aber nicht richtig, daß beim Rechtsgeschäft die Rechtswirkung eintritt, weil sie gewollt ist und sie als solche erklärt ist. Vielmehr genügt es, daß die Erklärung nach ihrem Inhalt rechtliche Wirkung haben soll, daß sie das Ziel bezeichnet, welches sie mit Hilfe der Rechtsordnung erreichen will. Bei der Mahnung drängt der Schuldner auf Erfüllung des Vertrages, das ist das Ziel. Im Sinne der Mahnung liegt es, wenn das Gesetz an diese Erklärung Folgen wie die Milderung der Haftung usw. anschließt[321]. Aus diesem Grunde kann also die rechtsgeschäftliche Natur der Mahnung beim Gläubigerverzuge nicht geleugnet werden.

Daß das sog. Verbalangebot in Wahrheit eine Mahnung an den Gläubiger ist und als solche von der Anleistung völlig verschieden ist, ist bislang allerseits verkannt worden. Richtige Ansätze in dieser Richtung finden sich nur vereinzelt. So z. B. v. Tuhr für das Schweizerrecht, wenn er sagt: „Das Angebot ist eine Aufforderung des Schuldners zur Annahme der Leistung"[322]. Oder: Weigert sich der Gläubiger, die Vorbereitungshandlungen vorzuneh-

---

314) Ueber die unrichtige Auslegung der kalendermäßig bestimmten Zeit vgl. oben S. 32.

315) So Leonhard, S. 574; Planck-S., § 296; Staudinger, § 296 Anm. 3.

316) Schollmeyer, § 296 Anm. b.

317) Goldmann-L., S. 351.

318) Vgl. oben S. 32.

319) Wie die Vertreter der herrschenden Lehre sich zu der von Leonhard aufgestellten Lehre überhaupt stellen werden, ist z. Zt. noch nicht ersichtlich.

320) Vgl. Manigk, S. 94 ff., nach dem die Mahnung eine „Vorstellungsmitteilung" ist; Enneccerus, § 128 und § 274, II, nach dem die Mahnung eine „geschäftsähnliche Willensäußerung oder Handlung" darstellt.

321) Vgl. Leonhard, S. 517 ff.

322) v. Tuhr, S. 470.

men, so ist eine „Aufforderung des Schuldners zur Vornahme der Vorbereitungshandlung"[323]) zur Inverzugsetzung erforderlich. Auch bei Dorer — gleichfalls für das Schweizerrecht — finden sich Ansätze, so wenn er z. B. schreibt:[324]) „Oblation bedeutet daher bei Holschulden lediglich die Aufforderung an den Gläubiger, die vom Schuldner kontraktmäßig bereitgehaltene Leistung abzuholen". Ueber Ansätze kommen aber beide nicht hinaus und verkennen, daß das Verbalangebot eine Mahnung ist, wenn sie dann doch wieder von dem Angebot als Erklärung des Leistungswillens und des Leistungsvermögens sprechen[325]). Sie unterscheiden auch schließlich, wie die herrschende Lehre, zwischen einem wörtlichen und einem tatsächlichen Angebot. Auch Kohler[326]) spricht einmal von dem Verbalangebot als einer „Aufforderung zur Annahmetätigkeit", der Schneider müsse den Gläubiger, der den zu verarbeitenden Stoff nicht schicke, „noch besonders mahnen", der Werkmann, der die Arbeit nicht zu angemessener Zeit liefere, komme erst durch „die Mahnung zur Leistung" in Verzug. Kohler gebraucht aber das Wort „Mahnung" sozusagen im untechnischen Sinne, denn auch nach ihm ist das wörtliche Angebot nichts anderes als die Erklärung des Schuldners, leisten zu wollen[327]), wie überhaupt Kohler sich der herrschenden Lehre vom Angebot anschließt, ganz im Gegensatz zu seiner für das gemeine Recht aufgestellten Lehre.

Der Begriff des wörtlichen Angebots — wie ihn die herrschende Lehre aufstellt — ist ganz zu verwerfen. Es ist üblich zu fragen; wann genügt ein wörtliches Angebot? Aber diese Fragestellung ist unklar[328]). Einerseits denkt man an diejenigen Fälle, bei denen der Schuldner eine tatsächliche Leistung zu machen hat, z. B. wenn der Schuldner mehrere Gegenstände herzustellen oder sich zu verschaffen hat, von denen der Gläubiger einen sich auswählen soll. Hier genügt offensichtlich nicht, daß der Schuldner den Gläubiger zur Vornahme der Wahl auffordert. Der Schuldner muß die Gegenstände auch wirklich hergestellt oder sich verschafft haben. Ebenso liegt der Fall bei der Holschuld. Es genügt nicht allein, daß der Schuldner den Gläubiger zur Abholung des Schuldgegenstandes auffordert, z. B. wenn er sich infolge Geldmangels den Schuldgegenstand garnicht verschaffen kann. Hier genügt also ein wörtliches Angebot allein nicht zur Inverzugsetzung. Andererseits genügt es aber doch, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet ist oder, wenn er zunächst garnichts zu tun braucht, der Gläubiger also mit seiner Handlung vorangehen muß, z. B. der Gläubiger muß erst die Steine zum Bau des Hauses liefern. Hier genügt also, daß der Schuldner seinen

---

323) v. Tuhr, S. 473.
324) Dohrer, S. 23; vgl. auch S. 13 u. 26.
325) Dorer, S. 15 ff. und S. 25, v. Tuhr, S. 470.
326) Kohler, Arch. S. 195.
327) Kohler, Arch. S. 197; vgl. auch Lehrb. S. 199.
328) Leonhard, S. 575.

Gläubiger zur Beschaffung der Steine auffordert. Aber auch die Frage: wann muß ein tatsächliches Angebot vorliegen, ist unklar. Einmal fällt hierunter ein solches, das nur in Arbeitsleistungen oder in der Leistung von Sachen besteht, z. B. der Schuldner muß die geschuldete Sache herstellen und sie dem Gläubiger ins Haus bringen; der Angestellte muß in der Fabrik seines Arbeitgebers arbeiten. Andererseits besteht das sog. Realangebot aus jedem anderen Verhalten des Schuldners, z. B. wenn sich der Schuldner zur vereinbarten Zeit und am vereinbarten Ort dem Gläubiger zur Verfügung zu halten hat. Hier besteht das tatsächliche Angebot, in dem Sich-zur-Verfügung-halten des Schuldners. Andererseits genügt es nicht allein, daß der Schuldner sich zur gegebenen Zeit und am vereinbarten Ort bereit hält. Ist er so betrunken, daß er zu nichts zu gebrauchen ist, so liegt kein tatsächliches Angebot vor, durch das der Gläubiger in Verzug gesetzt werden könnte[329]). Wir sehen also, daß diese ganze Fragestellung fehlerhaft und doppelsinnig ist. Das ist schon von einigen Schriftstellern[330]) erkannt und betont worden. Diese begehen aber nun den Fehler, daß sie den Begriff der Leistungsbereitschaft einführen. Daß dieser Begriff zweideutig ist, daß einmal darunter der Wille zu erfüllen, das andermal die objektive Fähigkeit zur Leistung verstanden werden kann, haben wir bereits gesehen[331]). Das wird umso unrichtiger, wenn man mit Rosenberg[332]) daneben eine stets gleichbleibende Erklärung der Leistungsbereitschaft als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung verlangt. Daß in den Fällen des § 294 BGB. die im allgemeinen gebotene Mitteilung der Anleistung kein Rechtsgeschäft ist, daß in den Fällen des §295 BGB. die Erklärung leisten zu wollen oder zu können nicht ausreicht, haben wir bereits ausgeführt[333]).

Zusammenfassend können wir also sagen, daß Voraussetzung des Gläubigerverzuges kein Angebot ist, sondern daß eine Anleistung erforderlich ist (§ 294 BGB.), und dort, wo der Gläubiger mit seiner Handlung an der Reihe ist (§ 295 BGB.), eine Mahnung.

Man wird nun gegen die hier verteidigte Lehre einwenden, das BGB. vertrete nun einmal die Lehre vom Angebot als Voraussetzung des Gläubigerverzuges. Man kann zugeben, daß die Begriffe „tatsächliches Angebot" und „wörtliches Angebot" nichts anderes als Uebersetzung von der „oblatio realis" und „oblatio verbalis" des gemeinen Rechtes sind. Man wird auch schlecht bestreiten können, daß die Verfasser des Gesetzes unter dem Einfluß der Angebotstheorie gestanden haben. Dies ergibt sich aus den

---

329) Schenker, S. 154.
330) Windscheid-Kipp, § 345 Anm. 3; Endemann, S. 787 Anm. 10; Rosenberg, S. 150 ff.
331) Vgl. oben S. 18 ff.
332) Rosenberg, S. 150 u. oben S. 17 ff.
333) Vgl. oben S. 35 ff. und S. 54 ff.

Protokollen der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs eines BGB., wenn es dort heißt[334]): „1. Hat der Gläubiger nur durch Anahme mitzuwirken und keine weitere Tätigkeit vorzunehmen, so ist tatsächliches Anerbieten nötig, so daß der Schuldner dem Gläubiger den Leistungsgegenstand vorzulegen und bei Handlungen, zu deren Vornahme gehörig ausgerüstet, sich einzufinden hat.

2. Muß dagegen der Gläubiger, bevor der Schuldner leisten kann, mit einer Handlung, insbesondere Abholen einer Holschuld vorausgehen, so ist das Vermögen des Schuldners, die Leistung zu bewirken, sobald von dem Gläubiger die erforderliche Handlung geschehen ist, nötig und die von dem Schuldner dem Gläubiger gegenüber abgegebene Erklärung, er wolle die Leistung bewirken, bzw. die Aufforderung, die Handlung vorzunehmen".

Demnach wird zum „leitenden Prinzip" erklärt:[335]) Zum wirksamen Anerbieten ist eine Realoblation notwendig; Verbaloblation und Leistungsvermögen genügen, soweit eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist.

Wenn wir dies auch zugeben, so sind wir deshalb noch nicht genötigt, unsere hier entwickelte Ansicht aufzugeben. Es bestehen hier einmal genügende Gegengründe gegen die Angebotstheorie; zum andern kommen wir von der hier vertretenen Lehre aus zu einem richtigen Gesamtbild vom Gesetzesinhalt. Demgegenüber dürfte der Wortlaut des Gesetzes nicht ins Gewicht fallen, wenn er vom tatsächlichen und wörtlichen Angebot usw. spricht. Billigkeit und der sachliche Gesamtinhalt dürften den Vorrang vor dem Wortlaut der einzelnen Paragraphen behaupten.[336])

§ 13. Die Erfordernisse der Mahnung.

Was die Erfordernisse der Mahnung gleich Verbalangebot angeht, so werden sie von der herrschenden Lehre etwas stiefmütterlich behandelt. Das kommt daher, daß zunächst im allgemeinen, für das Real- und Verbalangebot gemeinsam, untersucht wird, wer anbieten kann, wem, wo und wann angeboten werden muß, und daß dann erst auf die Formen des Angebots eingegangen wird.[337]) Es wird aber dabei übersehen bzw. nicht besonders betont, daß die Erfordernisse der Anleistung von denen der Mahnung oft recht verschieden sind. Es muß deshalb darauf eingegangen werden.

---

[334]) Prot. I S. 1229 ff.
[335]) Prot. I S. 1231.
[336]) Leonhard, S. 575.
[337]) Vgl. z. B. Staudinger, §§ 293, 94, 95; Tempel, S. 42 ff. und S. 69 ff.; Purper, § 4 ff. und 9.

1. Wer kann mahnen?

Wir hatten gesehen,[338]) daß die Anleistung nicht nur vom Schuldner, sondern gegebenenfalls auch vom Dritten bewirkt werden konnte. Anders bei der Mahnung. Denn: mahnen kann nur der Schuldner bzw. sein Vertreter, z. B. der Prozeßbevollmächtigte.[339]) Hat jedoch der Dritte ein selbständiges Recht zur Leistung an den Gläubiger, so z. B. die ablösungsberechtigten Dritten in den Fällen der §§ 268, 1150, 1249 BGB., so können auch diese den Gläubiger mahnen.[340]) Dies erkennt auch die herrschende Lehre für das Verbalangebot an.[341]) Der Grund zu dieser unterschiedlichen Behandlungsweise ist einleuchtend. Der Gläubiger weiß nicht, ob ein ihn mahnender Dritter auch wirklich in der Lage ist, sein Versprechen später einzuhalten, und braucht dies Risiko billigerweise nicht auf sich zu nehmen. Macht dagegen der Dritte die sachliche Anleistung, so sieht der Gläubiger sie vor sich und kann sie auf ihre Richtigkeit hin untersuchen. Deshalb auch die unterschiedliche Ausdrucksweise im Gesetz: § 295 BGB.: „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt ..." und § 294 BGB.: „Die Leistung muß dem Gläubiger . . . angeboten werden".

2. An wen ist die Mahnung zu richten?

Diese Frage kann nicht anders beantwortet werden, als diejenige, gegen wen die Anleistung vorgenommen werden kann. Auf Einzelheiten kann deshalb auf das bei der Anleistung Ausgeführte[342]) verwiesen werden. Es braucht also nicht immer der Gläubiger in Person gemahnt zu werden, es kann auch sein Vertreter, z. B. ein Prozeßbevollmächtigter sein.[343]) Betont werden muß hier aber folgendes: Die Anleistung braucht nur in der allgemeinen Richtung auf den Gläubiger und den ihm gleichstehenden Personen hin bewirkt zu werden, eine im allgemeinen gebotene Mitteilung der Anleistung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist, wenn z. B. der Schuldner vor das verschlossene Haus des Gläubigers kommt.[344]) Dagegen muß, wie wir schon gesehen haben,[345]) die Mahnung, soll sie wirksam sein, stets dem Gläubiger zugehen. Mitunter wird dem Schuldner nichts anderes übrig bleiben, als den Weg der öffentlichen Zustellung zu beschreiten.

---

[338]) Vgl. oben S. 45 ff.
[339]) RG. im Recht, 1924, Nr. 453.
[340]) Planck-S. § 295 Anm. 4.
[341]) Vgl. oben S. 26 und S. 47; anders nur Rosenberg S. 170 für den Fall der Holschuld.
[342]) Vgl. oben S. 47 ff.
[343]) RG. im Recht, 1924 Nr. 453.
[344]) Vgl. hierzu oben S. 38 ff und S. 42 ff.
[345]) Vgl. oben S. 57 ff.

3. Inhalt der Mahnung.

Die Mahnung des Schuldners muß inhaltlich so bestimmt sein, daß über die Absicht des Schuldners kein Zweifel besteht. Die Mahnung muß also ersichtlich machen, daß der Gläubiger zu seiner vertragsmäßigen Mitwirkungshandlung aufgefordert wird. Dagegen ist eine Mahnung nicht notwendigerweise unwirksam, wenn sich ein Fehler, z. B. in der Angabe des Schuldgegenstandes, zu dessen Abholung der Gläubiger aufgefordert wird, eingeschlichen hat, dann nicht unwirksam, wenn das, was gemeint ist, klar ersichtlich ist. Mahnt z. B. der Schuldner den Gläubiger zur Abholung eines Gemäldes von Monet, ist aber ersichtlich, daß in Wirklichkeit ein Gemälde von Manet gemeint ist, so ist die Mahnung gültig. Verlangt dagegen der Schuldner etwas vom Gläubiger, was garnicht zu dessen Obliegenheiten gehört, so ist eine solche Mahnung unwirksam.

4. Ort der Mahnung.

Die herrschende Lehre führt aus, daß das Angebot, also auch das Verbalangebot, an dem Ort zu erfolgen habe, wo der Schuldner nach dem Vertrag zu leisten verpflichtet ist, also am Vollzugsort.[346]) Das kann aber offensichtlich nur für die sachliche Ableistung gelten, die ja der Beginn der schuldnerischen Leistung ist. Gewiß kann der Schuldner den Gläubiger nur mahnen, seine Handlung, z. B. das Abholen des Schuldgegenstandes am Vollzugsort vorzunehmen. An welchem Ort aber der Schuldner die Aufforderungserklärung abgibt, ist gleichgültig. Hat z. B. der Gläubiger Steine auf ein Grundstück zu fahren, aus dem dann der Schuldner ein Haus bauen soll, so ist der Vollzugsort das Grundstück. Der Schuldner kann also den Gläubiger nur mahnen, die Steine auf das Grundstück anzufahren. Dagegen braucht er seine Mahnung nicht gerade auf dem Grundstück abzugeben, was sehr merkwürdig wäre. Schreibt er seinem Gläubiger einen Brief oder schickt er einen Boten zu ihm, so mahnt er rechtswirksam, ohne mit dem Vollzugsort in Verbindung gekommen zu sein. Dies wird allgemein nicht erkannt, da man den Ort der Leistung mit dem Ort der Mahnung verwechselt.[347]) Wir müssen demgegenüber betonen, daß es ohne Bedeutung ist, an welchem Ort der Schuldner seine Erklärung abgibt. Einschränkend ist aber zu sagen, daß an solchen Orten nicht gemahnt werden kann, wo es den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen würde. So kann z. B. der Gläubiger die Mahnung des Schuldners unbeachtet lassen, die ihm dieser gelegentlich eines langen Festessens macht.

---

346) Vgl. z. B. Tempel, S. 59 ff; Kuetgens, S. 55 ff.; Klein, S. 17 ff.
347) Vgl. z. B. Block, S. 16: „Immobilien können selbstverständlich nur da angeboten werden, so sie sich befinden."

5. Zeit der Mahnung.

Die Mahnung des Schuldners wird im allgemeinen erst nach der Fälligkeit erfolgen, z. B. der Schuldner schreibt: Sie, Gläubiger, werden hiermit dringend ersucht, die fälligen Waren abzuholen, da der Unterstellraum anderweitig benutzt werden soll. Dies ist aber nicht immer der Fall. Hat z. B. der Gläubiger vor Fälligkeit dem Schuldner erklärt, er werde seine Leistung nicht annehmen (§ 295 BGB., 1. Alternative), so kann der Schuldner diese Erklärung sogleich mit einer Mahnung beantworten und braucht nicht — wie teilweise angenommen wird[348]) — bis zur Fälligkeit zu warten.[349]) Widerruft der Gläubiger seine Weigerung nicht oder wiederholt er sie, so kommt er dann ohne weiteres in Verzug, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Weniger häufig werden die Fälle sein, bei denen die Leistungszeit weder bestimmt ist, noch sich aus den Umständen ergibt (§ 271, Abs. 1 BGB.). Hier kann der Schuldner „sofort", was nicht buchstäblich, sondern nach Treu und Glauben zu verstehen ist, den Gläubiger z. B. zur Abholung des Schuldgegenstandes mahnen. Ist dagegen eine Leistungszeit bestimmt, so kann nach § 271, Abs. 2 BGB. der Schuldner vor Fälligkeit die Leistung bewirken. Diese Bestimmung wird vielfach für die Mahnung des Schuldners nicht angewandt werden können, da der Gläubiger mit seiner Mitwirkungshandlung voranzugehen hat (§ 295 BGB., 2. Alternative). Hier kommt durch eine vorzeitige Mahnung der Gläubiger nicht in Verzug, wenn ihm nach den Umständen des konkreten Falles eine vorzeitige Mitwirkungshandlung, z. B. das Abholen des Schuldgegenstandes oder die Vornahme der Wahl zwischen mehreren geschuldeten Sachen, nicht zugemutet werden kann.[350])

---

348) Schollmeyer, S. 138; Endemann, S. 787 Anm. 9

349) So auch h. M. vgl. oben S. 25 ff.

350) Planck-S. § 271 Anm. 5.

Lebenslauf.

Geboren bin ich am 18. November 1906 zu Wittenberge (Bezirk Potsdam) als Sohn des Oberpostdirektors Wilhelm Steinhäuser zu Wiesbaden und seiner Ehefrau Margarethe, geb. Unger. Ich bin preußischer Staatsangehöriger. In Wiesbaden besuchte ich die städtische Mittelschule, anschließend das humanistische Gymnasium daselbst, an dem ich Ostern 1925 das Abiturientenexamen bestand. Studiert habe ich dann die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Marburg, München und wiederum Marburg. Am 16. Oktober 1929 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Am 31. Oktober 1929 wurde ich im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt am Main zum Referendar ernannt und am gleichen Tage zu meiner weiteren Ausbildung dem Amtsgericht Bad Schwalbach überwiesen.

Hans-Joachim Steinhäuser.